

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO SCALCO

**FILIAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: UMA RELEITURA CRÍTICA DO PODER FAMILIAR**

CURITIBA

2009

PEDRO SCALCO

**FILIAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: UMA RELEITURA CRÍTICA DO PODER FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO SCALCO

FILIAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: UMA RELEITURA CRÍTICA DO PODER FAMILIAR

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito das Relações Sociais no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca
examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
UFPR

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
UFPR

Prof. Dr. Rodrigo da Cunha Pereira
PUC/MG

Curitiba, 10 de fevereiro de 2009.

Às três mulheres da minha vida:

Minha querida mãe Sônia, que cedo partiu ao céu.

Minha querida mãe Mabe.

Minha amada esposa e amiga Ane.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Luiz Edson Fachin, pela orientação e principalmente pelo exemplo de vida.

Aos amigos e parentes, por compreenderem o motivo da minha ausência

A todos aqueles que, de alguma forma ajudaram na concretização deste sonho.

RESUMO

A presente dissertação buscou analisar o poder familiar no Direito Civil brasileiro contemporâneo. Para dar conta de tal objetivo, foram estabelecidas duas premissas: não se limitar ao estudo das normas positivadas, procurando assim fazer a necessária análise das relações sociais subjacentes ao Direito; ter por fio condutor a constitucionalização do Direito Civil, sendo a Constituição o filtro necessário para a releitura de todas as normas infraconstitucionais. Deste modo, a partir das premissas, partiu-se para a análise da família e das relações entre pais e filhos no cenário brasileiro colonial, aonde predominava a racionalidade clássica, e observou-se a sua passagem para a contemporaneidade, destacando-se a situação das crianças e dos adolescentes brasileiros. Foi dada ênfase ao tema dos direitos fundamentais, sua concretização e eficácia nas relações entre particulares. Viu-se o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais tanto no âmbito internacional como na seara interna. Ao se tratar das relações de filiação, foram analisados os critérios aptos a determinar o estabelecimento da paternidade, dando-se destaque aos laços afetivos. Na busca de se compreender o poder familiar na atualidade, percorreu-se o caminho dos embates quanto ao aspectos terminológicos e também quanto a sua natureza jurídica, ou seja, se o poder familiar teria ou não a característica de direito subjetivo. Avançou-se para o estudo do conteúdo e do exercício do poder familiar, procurando demonstrar que ele está condicionado substancialmente à efetivação dos direitos fundamentais dos filhos. Restou observado, segundo o princípio da cooperação, que família, sociedade e Estado devem atuar em conjunto para propiciar a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente; e ainda que, em casos nos quais a prevenção da violação dos direitos das crianças não se mostrou efetiva, por força de ação, omissão ou abuso dos pais, deve-se buscar, além da repressão aos pais faltosos, a recuperação dos referidos pais.

Palavras-chave: Direito de Família. Poder familiar. Direitos Fundamentais. Criança e adolescente.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the parental authority in contemporary Brazilian Civil Law. To account for this purpose were established two premises: not merely to the study of the positivism rules, looking so, to do the necessary analysis of social relations underlying the law; have the thrust the Constitution of Civil Law, in which Constitution is the required filter for the rereading of all infraconstitutional standards. Thus, from the premises, broke in to the analysis of family and relationships between parents and children in the Brazilian colonial scene, where prevailed classic rationality, and it was observed its transition to the contemporary, especially the situation of children and Brazilian adolescents. Emphasis was given to the issue of fundamental rights, their implementation and effectiveness in relations between individuals. It was seen the process of recognition of fundamental rights under both international and national field. In the case of relations of membership, it was analyzed the criteria able to determine the establishment of paternity, with emphasis on affective ties. In the quest to understand the power in the family today, drove up the path of collisions on the terminological aspects as well as its legal nature, that is, if the family would be able or not to have the character of subjective right. Progress has been made to study the contents and the exercise of parental authority, trying to show that he is looking conditioning substantially to accomplish the fundamental rights of children. Remains found, according to the principle of cooperation, that family, society and State must act together to propitiate the achievement of the fundamental rights of children and adolescents, and still, where the prevention of violation of children's rights were not showed effective, by strength of action, omission or abuse of parents, have to be found, besides the repression of the absent parents, the recovery of these parents.

Keywords: Family Law, Parental Authority, Fundamental Rights, Child and adolescent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
 TÍTULO I – FAMÍLIA, RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E DIREITO: A REVOLTA DOS FATOS CONTRA A NORMA E A MIGRAÇÃO OPERADA DO CÓDIGO À CONSTITUIÇÃO	13
1 Capítulo I – A família como realidade social e cultural: a força construtiva dos fatos	16
1.1 Breve histórico da família, da criança e do adolescente no Brasil	27
1.2 Situação real de grande parte das crianças e adolescentes brasileiros na contemporaneidade	39
2 Capítulo II – Constitucionalizações do Direito Civil	44
2.1 Família e relações de filiação na perspectiva civil- constitucional	60
 TÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ..	64
1 Capítulo I – Efetividade dos direitos fundamentais.....	69
1.1 Efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares	75
2 Capítulo II – Reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.....	78
2.1 A criança e o adolescente como sujeitos de direito	85
2.2 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	88
 PARTE III – RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS E O PODER FAMILIAR	93
1 Capítulo I – Relações de filiação.....	94
2 Capítulo II – Poder familiar.....	112
2.1 Natureza jurídica e aspectos terminológicos	112
2.2 Conteúdo	122
2.3 Exercício	130
2.3.1 Exercício na situações de pais que não convivem	136
2.3.2 Conflitos entre pais e filhos	141

3 Capítulo III – Condicionamento substancial do poder familiar à efetivação dos direitos fundamentais dos filhos	146
4 Capítulo IV – Alternativas Jurídicas frente à irresponsabilidade parental ...	149
 CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

INTRODUÇÃO

As mudanças históricas e sociais fizeram com que o ordenamento jurídico, tanto no âmbito internacional (diversos são os instrumentos internacionais que têm por tema a infância e a juventude, porém o ponto máximo neste âmbito encontra-se na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989), quanto na seara interna (a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente), compreendesse a nova realidade; alçando deste modo os petizes e jovens à condição de sujeitos de direito.

Nesta condição, as crianças e os adolescentes, assim como qualquer pessoa, são titulares de direitos fundamentais, não devendo, portanto, ser tratados como objetos. Contudo, tentar-se-á argumentar e sustentar a posição de que os direitos fundamentais da infância e da juventude gozam de um *plus*, ou seja, de uma força que confere a eles uma certa superioridade em razão da peculiar condição de que seus titulares são seres-humanos em estado de desenvolvimento, e por isso merecem uma proteção integral.

É por isso que a própria Constituição Federal de 1988 confere a tais direitos a proteção com absoluta prioridade¹. Deste modo, os referidos direitos fundamentais estão amparados nos paradigmas da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Contudo, não se quer, no âmbito desta pesquisa, sustentar que existam classes diferenciadas de direitos fundamentais: uma para os menores e outra para os adultos. Não é disso que se trata. O que se quer é verificar, apenas, que as crianças e adolescentes, titulares dos mesmos direitos fundamentais que os adultos, necessitam de tutela e de tratamento diferenciados.

Nesta linha de raciocínio, marcada pela proteção diferenciada que tais direitos devem receber, se faz presente a incidência do princípio da cooperação: distribuindo a todos a responsabilidade pela proteção e efetivação dos direitos fundamentais de que os infantes e jovens são titulares. Deste modo, a defesa e

¹ CF/1988. Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

promoção dos direitos essenciais dos menores é dever tanto da família quanto da sociedade e do Estado.

Este trinômio, (família – sociedade – Estado) destinado a defender e promover os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, é apto a demonstrar que os referidos direitos não são oponíveis apenas em face do Estado (eficácia vertical), mas que regulam também os vínculos entre particulares (eficácia horizontal).

Não obstante a grande importância que cada um dos elementos do trinômio possui para a promoção e defesa dos direitos fundamentais dos menores, o foco da pesquisa a ser desenvolvida, no âmbito deste trabalho, estará centrado no papel da família, mais especificamente, no conjunto de deveres e direitos que incumbe aos pais quando do exercício do poder familiar.

Com isso, não se quer sustentar que os papéis desempenhados pela sociedade e pelo Estado (os outros dois elementos do trinômio) são subsidiários ou enquadrados em um plano inferior ao da família. Muito pelo contrário, a pesquisa terá em conta que não adianta qualquer um dos elementos do trinômio cumprir o seu papel, se algum dos outros se omitir ou falhar no desempenho dos seus deveres. Trata-se, como já mencionado, do princípio da cooperação, no qual todos devem exercer seus deveres simultaneamente.

A pesquisa optou por analisar o papel da família (compreendida em uma perspectiva pluralista) e dos pais (levando em consideração as “verdades” jurídica, biológica e socioafetiva da filiação e a busca de equilíbrio entre tais critérios quando do estabelecimento da filiação) no cumprimento do dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, em razão dos seguintes motivos: i) a noção de família como o “ninho” no qual a criança recebe as primeiras noções sobre a vida; ii) a necessidade de verificar as características e o alcance do poder familiar, na ordem civil-constitucional, com relação à sua natureza jurídica, titularidade, conteúdo e exercício; iii) a vontade de analisar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas familiares; iv) a dúvida com relação ao caráter instrumental da autoridade parental, ou seja, se a autoridade parental seria como um instrumento destinado à concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Para dar conta de tais objetivos, o sumário do trabalho foi arquitetado de forma que a exposição do tema transcorra de maneira harmoniosa, com o raciocínio sendo construindo passo a passo, lentamente, e na tentativa de primar sempre pela clareza e objetividade. Trata-se de um objetivo audacioso e não ter-se-á a arrogância de afirmar que seremos capazes de cumpri-lo satisfatoriamente.

Assim é que a dissertação foi dividida em três partes.

Na primeira são estabelecidas as premissas do trabalho: i) parte-se da noção de que o Direito não deve desprezar a realidade sociológica que lhe é subjacente, ou dito de outra forma, adota-se como pressuposto uma compreensão contemporânea do fenômeno jurídico, no qual se procura aproximar o Direito da realidade social; ii) afasta-se da racionalidade clássica, ancorada nas codificações, procurando a compreensão do Direito por meio da releitura constitucional do institutos de Direito Civil.

Ainda nesta primeira parte, além da apresentação e breve desenvolvimento das premissas, ainda serão objeto de análise: i) um breve histórico da “vida” das famílias brasileiras no período que vai da modernidade (Código Civil de 1916) à contemporaneidade (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e também um rápido olhar sobre a situação atual das crianças e adolescentes brasileiros; ii) a perspectiva constitucionalizada do Direito de Família.

Já na segunda parte, que servirá como que uma ante-sala do tema principal, realizar-se-á uma abordagem sobre a temática dos direitos fundamentais. Com a plena consciência de que o tema é extremamente amplo, após um curto panorama geral, tentar-se-á restringir o tema para o universo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tratando ainda da questão da eficácia de tais direitos nas relações entre particulares. Procurando um vínculo com esse tema, será analisado o princípio do melhor interesse da criança e os seus reflexos nas relações jurídicas paterno-filiais.

Finalmente, chega-se à terceira e última parte, na qual será abordado o assunto principal (brevemente pincelado acima). Sempre tendo presente as premissas estabelecidas, a atenção aqui será voltada para: i) as relações paterno-filiais e os critérios aptos a revelar a “verdadeira” filiação/paternidade/maternidade; ii) os diversos desdobramentos do poder familiar (titularidade, natureza jurídica – aonde a noção de direito subjetivo adquire relevância, nomenclatura, conteúdo,

exercício); iii) o vínculo existente entre o conteúdo e exercício do poder familiar com os direitos fundamentais da criança e do adolescente, principalmente com a questão da garantia da sua efetividade.

Em síntese, o que se busca é verificar como se dá a concretização extrajudicial (e preventiva) dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no âmbito da família; sem olvidar de que, em caso de descumprimento dos deveres dos pais em efetivar tais direitos fundamentais (lesão que também pode ser realizada pela sociedade e pelo Estado), caberá ao Poder Judiciário atender tais situações, visando sempre a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente.

TÍTULO I – FAMÍLIA, RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E DIREITO: A REVOLTA DOS FATOS CONTRA A NORMA E A MIGRAÇÃO OPERADA DO CÓDIGO À CONSTITUIÇÃO

Cabe, desde já, estabelecer e explicitar quais serão as premissas, tanto de conteúdo quanto de método, que servirão para orientar o desenvolvimento da presente dissertação. Assim é que, nesta primeira parte da pesquisa, procurar-se-á delimitar no espaço e no tempo as reflexões que serão desenvolvidas.

Quanto à delimitação das meditações no espaço, já restou assinalado na introdução que o objeto de estudo compreenderá as relações de filiação e os seus desdobramentos, ou seja, no presente estudo ter-se-á em foco uma das bases do tripé projetado por Jean Carbonnier (trânsito jurídico, titularidades e projeto parental) para determinar os pilares fundamentais do direito privado e da sociedade, qual seja, o projeto parental.

Assim, tem-se que o objeto da presente dissertação, em uma concepção ampla, é a família. A família vista como fenômeno cultural. E, neste universo extremamente vasto que é a família, o centro de interesse das reflexões volta-se, com atenção especial, para as relações sociais e jurídicas que se desenvolvem entre pais e filhos.

Com o âmbito espacial já definido, passa-se agora a tratar da questão temporal. O tempo, aqui, é compreendido como aquele que demarca o trânsito da modernidade para a contemporaneidade. Em outras palavras, tratar-se-á de uma travessia (que se refaz permanentemente) que parte da modernidade clássica, impregnada dos ideais positivistas próprios das codificações oitocentistas (cujo nascimento no tempo histórico pode ser identificado com o Código Civil francês de 1804), e vem a aportar na contemporaneidade, plural e complexa, iluminada pelas idéias de constitucionalizações.

Contudo, relevante se faz a ressalva de que o transcurso do tempo não deve ser analisado sob uma ótica meramente cronológica e linear. Não, não é disso que se trata a travessia em questão.

A noção de travessia leva à idéia de movimento, o que implica em constantes dutos de comunicação do Direito com a realidade. O Direito recebe os

impactos das transformações sociais, mas também se destina a modificar essa mesma realidade. Nesta tarefa de constante reconstrução, são conferidos novos significados aos significantes

Deste modo, tratou-se brevemente dos pressupostos para o desenvolvimento do presente trabalho, os quais terão um desenvolvimento mais aprofundado nos dois capítulos que seguem e que integram essa primeira parte: i) a força construtiva e criativa dos fatos e a sua incidência no Direito; ii) as constitucionalizações do Direito Civil, na integralidade das suas dimensões (formal, material e prospectiva).

Aquelas premissas de conteúdo, que permearão todo o desenvolvimento da presente dissertação, naturalmente refletem-se e informam o método de compreensão e análise do Direito a ser adotado. Trata-se do método tópico e sistemático, e não do método da subsunção presente na racionalidade oitocentista.

Tem-se, por derradeiro, que as premissas aqui adotadas tornam a investigação do jurista apta a compreensão adequada do presente, sem esquecer do passado e ainda com os olhos voltados para o potencial emancipador do porvir². Tais objetivos podem ser sintetizados na advertência esclarecedora de Juarez Freitas, quando indica que:

O jurista, sob pena de omissão e cumplicidade farisaica, deve captar a mensagem para o seu tempo, não lhe cabendo acastelar-se em elocubrações vãs, na ânsia de interpretar fossilizados textos legais, em função de vírgulas ou reticências. Não pode limitar-se a uma postura estática na defesa de uma ordem senil, que não assimila o impacto das exigências sociais. Ao contrário, o jurista tem de colocar seu pensamento e sua cultura a serviço de uma missão evangelizadora no objetivo de desfazer a rede de peias arquitetadas pelo egoísmo em sua voracidade autofágica de lucro. Sem inovação e rejuvenescimento, todo conservadorismo é misonista, ao enredar-se no passado. O jurista tem de compreender que, do mesmo modo que o reino dos bacharéis está sendo desconstituído, também o será o reino dos economistas. Deve abandonar, pois, todo o medo de utopias concretas e colocar-se despojadamente junto ao povo. Sem dúvida, o Direito, à condição de não subsistir nesta hora crucial, deve ser um agente bem mais ativo do que em tempos passados. Em se tornando petrificado e negando-se ao entendimento do dialético movimento

² Referindo-se à obra *Família sem casamento: da relação existencial de fato à realidade jurídica*, de autoria da Professora Carmem Lucia Silveira Ramos, Luiz Edson Fachin aponta para a necessidade de se obter a adequada e integral compreensão da realidade: “A partir do singular encontrado no Direito de Família desvela a força criadora dos fatos para alcançar uma dimensão aberta e plural das relações familiares. O que nela se apresenta valoriza o compromisso com o resgate do passado, numa percepção dinâmica e transformadora da história, da legislação e da jurisprudência brasileira, e realça sobremaneira o presente, alicerçado numa epistemologia crítica do Direito, sem olvidar da construção do futuro, numa visão emancipatória do fenômeno jurídico”. FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327.

evolutivo e revolucionário da sociedade, não resistirá, assim como não resistiu o Império Romano.

A evolução, todavia, já se faz sentir. Ninguém mais apregoa a propriedade como o núcleo das relações jurídicas, atual e irreversivelmente situado no trabalho. A maioria reconhece a necessidade de subordinar o princípio manchesteriano de autonomia da vontade à relevância do bem público. Só por ingenuidade ou desinformação, alguém negaria a necessária presença reguladora do Estado social contemporâneo. Poucos são os que se conformam com a sobrevivência de uma transmissão hereditária sem barreiras. O próprio George Vedel, em *“Droit Social”*, sustentou a imperiosidade de complementar os direitos do homem, com a proclamação de seus direitos sociais inarredáveis.³

Parte-se, agora, no decorrer dos dois capítulos que integram essa primeira parte, para o estudo e tentativa de compreensão dos pormenores das premissas acima estabelecidas, bem como para a assimilação das idéias centrais de tais pressupostos e os seus reflexos no desenvolvimento deste trabalho.

³ FREITAS, Juarez. **As grandes linhas da filosofia do Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 1986. p. 119.

1 CAPÍTULO I – A família como realidade social e cultural: a força construtiva dos fatos

Conforme já restou assinalado anteriormente, o objetivo da pesquisa que aqui se desenvolve consiste em analisar as relações de filiação e o Direito a elas pertinente, e, conseqüentemente, o exercício do poder familiar na contemporaneidade; oferecendo, neste desiderato, especial relevo à questão de como o poder familiar pode vir a ser instrumentalizado pelos direitos fundamentais da criança a fim de lhes garantir a efetividade.

De início, faz-se importante o aviso de que não se iniciará a reflexão com o estudo dos dispositivos legais que regulamentam as relações sociais e fáticas de paternidade, maternidade e filiação. Pelo contrário, no presente estudo, antes de se analisar a legislação, realizar-se-á uma breve abordagem do percurso histórico e da realidade social da família e das relações de filiação⁴, no Brasil, nesta travessia que vai da modernidade à contemporaneidade.

Justifica-se esta opção, de voltar os olhos para a realidade histórica e social, pelo fato de que a racionalidade jurídica contemporânea, aberta e plural, no afã de não operar exclusões, afasta-se da lógica formal dos conceitos abstratos que estava presente nas codificações oitocentistas. Realmente, nesta passagem que vai da modernidade para a contemporaneidade é possível verificar uma verdadeira

⁴ Ao tratar-se da relação que existe entre filiação e direitos fundamentais tem-se conhecimento de que os princípios constitucionais são aptos a fazer a ligação entre os dois universos e tornar viável, em termos pragmáticos e normativos, o tema. Assim, subscreve-se integralmente a advertência de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que, em razão da peculiaridade do assunto que abordou, inverteu o trajeto da análise se comparado ao caminho que aqui se adota, mas que na essência manteve o método de perquirir previamente sobre a viabilidade do tema: “Poder-se-ia questionar, quiça, por que um estudo acerca de um fenômeno que, como regra, não possui previsão normativa específica, principiaria da análise do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo em matéria de família, e não do lugar de onde a simultaneidade efetivamente floresce, que é a realidade histórica e social da família.

Um trajeto lógico poderia consistir, nesse sentido, em partir do fato, e deste, encaminhar-se à norma. A apreensão jurídica da simultaneidade familiar seria, pois, o ponto de chegada.

Não obstante isso, ainda que seja esse, efetivamente, como se verá, o real sentido da análise desse fenômeno social a que chamamos de famílias simultâneas, impende ter em mente que, para aportar em um dado destino, é necessário, desde o início, cogitar a viabilidade de se atingir o ponto de chegada. Em outras palavras, trilhar um dado trajeto metodológico passa, em um primeiro momento, por examinar seus pressupostos, e, com isso, se ele é efetivamente apto para, ao menos em tese, conduzir ao destino proposto”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 13-14.

revolução no modo de compreender a questão na conexão entre o Direito e a realidade sociológica que lhe é subjacente.

Parte-se, agora, para a análise dos pormenores de cada uma destas racionalidades.

A concepção clássica (moderna) que se tem do ordenamento jurídico é impregnada de formalismo e pontuada de conceitos rígidos, que, por sua própria natureza, são marcados pelo signo da exclusão. Trata-se das características do positivismo desembocando na seara do Direito.

O Direito da modernidade, caracterizado pela racionalidade fechada do positivismo, tem a sua vitrine nas codificações do século XIX, sendo o Código de Napoleão (Código Civil francês de 1804) considerado o marco temporal do início da Modernidade. A delimitação do conteúdo do Código Civil francês foi inspirada na obra de Jean Domat⁵, a qual pressupunha a diferenciação entre leis civis e leis públicas, revelando-se, assim, que esta dicotomia não é originária do direito romano⁶. As preocupações que levaram ao surgimento da racionalidade oitocentista, e as suas características foram bem expostas por Carmem Lúcia Silveira Ramos⁷, quando tratou da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

Neste contexto, tem-se que a influência do Código de Napoleão é enorme, refletindo-se tanto na Europa quanto em praticamente todo o mundo ocidental, e fazendo incidir sua racionalidade e estrutura em quase todas as codificações do século XIX, e também do século XX, dentre as quais a experiência brasileira

⁵ De acordo com a informação trazida por Maria Celina Bodin de Moraes, trata-se da obra: *Le Leggi Civili nel Loro Ordine Naturale*, trad. It. de A. Padovani, Pávia, Tip. Bizzoni, 1825, 7 vols.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 21.

⁷ “Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando ao mesmo tempo, o que foi qualificado como o caráter dispersivo e inseguro do direito do medievo, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, a completude e a unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção de homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito.

Na sumarização de Pietro BARCELLONA, o Estado de direito é o Estado da legalidade e da liberdade, dos indivíduos livres e iguais: livres para agir e iguais diante de uma lei igual para todos porque geral e abstrata.

Estas características levaram à redação do conjunto de normas organizado em codificação que, segundo se passou a sustentar, seria suficiente para regular toda a vida da sociedade civil, como lei maior da comunidade, de forma igualitária”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4 - 5.

encontra-se inserida, como comprova o Código Civil brasileiro de 1916⁸: influenciado pelo Código de Napoleão e pelo Código Civil alemão.

Nessa racionalidade inaugurada pelo Código de Napoleão, o Direito Civil passa a ser identificado com o próprio Código, e a regulamentação das relações jurídicas entre pessoas privadas passa a privilegiar a propriedade, e a liberdade individual é vista quase que exclusivamente sob o prisma da atividade econômica⁹.

Nesta ótica da lógica codificada, direito público e direito privado se apresentam como esferas bem definidas. Em outras palavras: “O direito público e o direito privado, como se viu, constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados”¹⁰.

Assim, na dogmática clássica, assentada na modernidade, a racionalidade dominante é a de que o discurso jurídico deve passar por juízos apriorísticos, ou seja, neste modelo é realizado um grande esforço para tentar enquadrar os fatos, ricos e multifacetados da realidade circundante, em uma verdadeira moldura por meio de figuras abstratas dos fatos previamente escolhidas pelo sistema; com o objetivo (pelo menos declarado) de fornecer segurança jurídica e previsibilidade nas relações.

⁸ Sobre a influência do Código de Napoleão na codificação brasileira, é extremamente esclarecedora a seguinte passagem da obra de Gustavo Tepedino: “O Código de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916”. TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

⁹ Neste sentido: “Como se sabe, o Código Civil Brasileiro, expressão do individualismo característico da codificação européia do século XIX, volta-se fundamentalmente para a disciplina das relações patrimoniais, de modo a assegurar o livre tráfego jurídico de seus (únicos) protagonistas: o proprietário, o marido, o contratante e o testador. Desenha-se, assim, um conjunto monolítico de valores correspondentes à secular ideologia que congregou, de maneira quase homogênea, a burguesia vitoriosa da Revolução Francesa; valores preservados e prestigiados por intermédio da autonomia privada, assegurada pela liberdade de contratação e pelo exercício quase ilimitado do direito de propriedade”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. VII - VIII.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In. **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3.

Em síntese, tem-se que, naquela perspectiva clássica, a realidade complexa e plural acaba por ser reduzida a definições racionais previamente estabelecidas¹¹, com a pretensão de que tais modelos conceituais claustrofóbicos, *numerus clausus*, fundados nos princípios da tipicidade e da taxatividade, fossem aptos a atender aos chamamentos das relações sociais. Eis a construção do dogma da completude.

A concepção do ordenamento jurídico como um sistema normativo fechado, fortemente presente na racionalidade clássica, encontra respaldo no pensamento de Niklas Luhmann. Para o referido sociólogo alemão¹², a possibilidade ou não do Direito conferir relevância jurídica a determinado fato ou relação jurídica encontra fundamento na própria norma positivada. Mesmo inserido o Direito dentro do sistema social, é a norma positivada, no sentido formal empregado por Luhmann, que constitui o filtro do processo de institucionalização da realidade.

Na perspectiva de Luhmann, apenas a abstração e o isolamento normativo levariam ao bom funcionamento do sistema, que se bastaria por si mesmo: a noção

¹¹ Sérgio Buarque de Holanda traça o perfil do positivismo e expõe as suas características, e ainda delineia os seus reflexos no Brasil, sendo que aquilo que procuravam evitar na modernidade se transformará nas próprias características da contemporaneidade: “Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro. Essas construções de inteligência representam um repouso para a imaginação, comparável à exigência de regularidade a que o compasso musical convida o corpo do dançarino. O prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade, têm determinado assiduamente nossa formação espiritual. Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as idéias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria”. Segue o autor tratando das características que levariam à própria crise do positivismo: “É possível compreender o bom sucesso do positivismo entre nós e entre outros povos parentes do nosso, como o Chile e o México, justamente por esse repouso que permitem ao espírito as definições irresistíveis e imperativas do sistema de Comte. Para seus adeptos, a grandeza, a importância desse sistema prende-se exatamente à sua capacidade de resistir à fluidez e à mobilidade da vida. É realmente edificante a certeza que punham aqueles homens no triunfo final das novas idéias. O mundo acabaria irrevogavelmente por aceitá-las, só porque eram racionais, só porque a sua perfeição não podia ser posta em dúvida e se impunha obrigatoriamente a todos os homens de boa vontade e de bom senso. Nada haveria de deter e muito menos de anular o ascendente fatal de uma nova espiritualidade reclamada pelo conjunto das necessidades humanas. O mobiliário científico e intelectual que o Mestre legou à Humanidade bastaria para que se atendesse em todos os tempos e em todas as terras a semelhantes necessidades. E nossa história, nossa tradição eram recriadas de acordo com esses princípios inflexíveis”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 157 – 158.

¹² Para uma análise mais muito mais aprofundada da teoria sistêmica funcionalista de Luhmann e das críticas que a referida teoria recebeu de Jürgen Habermas, Enrique Dussel e de Claus-Wilhelm Canaris, ver a seguinte dissertação: PAULINI, Umberto. **Crise Estrutural e Funcional da Propriedade: Revisão dos Conceitos Gerais em Matéria de Direitos Reais (Numerus Clausus, Tipicidade, Situação Jurídica e Função Social)**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2008. p. 13-22.

de sistemas autopoieticos, a partir do pensamento de Humberto Maturana e Francisco Varela, aplicada ao “universo jurídico”. Contudo, como visto, tal concepção leva ao enorme distanciamento, um verdadeiro fosso abissal, entre o Direito e a realidade. Referindo-se às graves consequências da racionalidade sistêmica fechada, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk revela que:

O maior problema emerge, pois, precisamente na medida que esse sistema é reputado autopoietico, ou seja, um sistema bastante em si mesmo, que se retroalimenta, mantendo-se pela autoreprodução de seus próprios elementos. A referência do sistema é o próprio sistema, alheio a valores a ele exteriores.¹³

Desta maneira, ao eleger determinado conteúdo que irá integrar o Direito, a dogmática clássica faz um verdadeiro “corte da realidade”, definindo o que faz e o que não faz parte do assim chamado mundo jurídico. Por isso é que toda definição, por natureza, *a priori*, constitui-se como um conceito de exclusão¹⁴; e, é nesta exclusão, ocasionada pelos conceitos, que reside a origem e a raiz do divórcio abissal entre o direito e o *não direito*.

A figura do *não direito*, como exposta na sociologia jurídica de Jean Carbonier¹⁵, parte da percepção do divórcio que existe entre o Direito posto e a realidade social, o que é apto a revelar a incapacidade do Direito de dar conta do real, e, deste modo, ao sepultar o dogma da completude sustentado pelos positivistas, demonstra que os fatos contêm em si a força criadora do Direito¹⁶.

¹³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 60.

¹⁴ Na mesma perspectiva, professa-se a necessidade de uma racionalidade diferente na contemporaneidade, diversa da que vigorou na modernidade, pois se não for deste modo restará evidenciado que “o novo Código Civil nasce excludente, como quanto ao debate sobre as uniões estáveis em sentido amplo, à família fraterna (entre irmãs e irmãos), à filiação socioafetiva que poderia ser expressamente mencionada, para dar alguns exemplos. Os *fora dessa lei* não estão *fora da lei* quando é de outra lei que se trata. Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas”. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 8–9.

¹⁵ Ver a obra *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*.

¹⁶ Carmem Lucia Silveira Ramos, ao analisar a concepção de Jean Carbonnier, explica que o autor formulou “dois teoremas fundamentais: i) o direito é maior que as fontes formais do direito, e ii) o direito é menor que o conjunto das relações entre os homens, o que conduziu à hipótese de *não*

Evidente, pois, que o positivismo jurídico conduz a um problema: a consolidação da “clivagem entre a seara dos fatos e o direito positivo”.¹⁷ Logo, tem-se que dos próprios traços característicos da modernidade decorre uma crise que se espelha na incapacidade deste modelo dar conta do real¹⁸; disso decorre que os fatos, na dinâmica da vida, acabam se impondo perante o Direito¹⁹, mesmo que tais

direito”. E continua afirmando que “o *não direito* é a ausência de regulamentação jurídica em um certo número de relações humanas, nas quais o direito teria vocação teórica para estar presente”. Finaliza o tema com a constatação de que “No plano jurídico, o diálogo entre estas esferas do direito e do *não direito* toma como paradigma o reconhecimento da existência de um direito de origem não estatal, manifestado no cotidiano social, cujas normas e regras de conduta não foram previstas ou incluídas no sistema jurídico, que neste sentido flexibiliza seu perfil rígido, como tal anteriormente exclusivo e excludente, entrando em contato com a realidade social”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13-15.

¹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44.

¹⁸ Com uma análise que revela as características do positivismo e capta o seu momento de crise, decorrente da incapacidade de tal racionalidade lidar com a realidade, uma vez que estamos diariamente verificando a existência de “novos fatos que desacreditam velhos conceitos”, Orlando Gomes ressalta que: “O positivismo científico florescente no século XIX concebia o Direito como um sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente, sem levar em conta, como proclamou Windscheid, considerações éticas, políticas ou econômicas. Trabalhava, em síntese, com realidades lógicas, entregues, seus arautos, à tarefa obsessiva de burilar conceitos.

Os traços marcantes dessa doutrina foram debuxados por Wieacker em penetrante análise de sua essência e da sua função social. Para os pandectistas, o ordenamento jurídico há de ser um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo caso jurídico possa ser enquadrado num conceito. Reduz-se, em consequência, a função do juiz a mero autômato, por isso que lhe cumpre apenas encontrar o Direito pelo processo da subsunção, e se limita a instrução jurídica ao aprendizado da doutrina em uma sucessão sistemática, totalmente ordenada sob forma estritamente lógica.

Caracteriza-se o método dessa Escola pelo abuso das abstrações lógicas.

Consiste ele, segundo Gény, no emprego de concepções puras, desenvolvidas mediante lógica inteiramente abstrata, consideradas como instrumentos necessários de fecundação dos textos legais ou de elaboração das idéias jurídicas independentes.

Procediam seus seguidores a construções realizadas mediante abstrações lógicas que prescindiam dos fatos, ou os desnaturalavam em proveito de idéias puras. O abuso revelava-se, segundo Gény, em considerar dotadas de realidade objetiva permanente concepções ideais de índole provisória e meramente subjetiva, de sorte que, para eles, todo o sistema jurídico positivo residia, *a priori*, em limitado número de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios, portanto, para se acomodarem às exigências da vida, mutáveis e várias. As noções jurídicas apresentavam-se, em suma, sob a forma de entidades metafísicas classificadas em categorias, providas de formas e dotadas de efeitos necessários, ligados uns aos outros por uma espécie de harmonia lógica”. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. 2ª ed. aum. São Paulo: RT, 1980. p. 3-4.

¹⁹ Neste sentido é a análise de Luiz Edson Fachin: “No estudo tradicional do Direito Civil, o movimento a que somos convidados a fazer não é o de compreender a realidade subjacente para ver a diversidade. Aquela introdução ao Direito Civil é o modo pelo qual se aprende a manejar conceitos, mas não entender a realidade para transformá-la. É que a pretensão de cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-

fatos não se encontrem enquadrados na moldura criada e estabelecida pelo texto legal.

A moldura arquitetada pelo sistema clássico demonstra-se artificial diante da força construtiva dos fatos que estão à margem do Direito, uma vez que essas relações que se dão no âmbito do *não direito* invariavelmente se impõem perante o Direito, e algumas vezes se chocam com ele. Fica claro, portanto, que o mobiliário científico do Direito não é suficiente para compreender toda a realidade²⁰, como de modo arrogante supunham os juspositivistas.

Eis, nas considerações supramencionadas, o retrato da crise que se instaurou no sistema clássico.

Faz-se necessário, contudo, verificar que a separação entre o Direito e a realidade, tão peculiar à modernidade, não lhe é uma característica exclusiva; e que tal “fosso abissal” já era perceptível desde as origens da sociedade brasileira, quando da tentativa de implantação da cultura européia no Brasil, como bem demonstra Sérgio Buarque de Holanda ao afirmar que: “Os mandamentos e as ordenações que elaboraram esses eruditos são, em verdade, criações engenhosas do espírito, destacadas do mundo e contrárias a ele”.²¹

Um exemplo desta crise que se desenvolve a partir da racionalidade clássica, ou seja, de que “o direito privado no Brasil nasceu de costas para a realidade social”, pode ser encontrado na própria noção de sujeito jurídico. O sujeito moderno, que teve a sua biografia escrita pela codificação²²: trata-se do proprietário, do contratante, do marido, do pai e do testador. Este é o sujeito moderno, de cujo

cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para os fatos que se impuseram”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55.

²⁰ Discorrendo sobre a crise do positivismo, gerada no próprio interior da dogmática clássica, Rodrigo da Cunha Pereira esclarece que: “Sabemos que a realidade sempre antecede ao Direito. A jurisdição de atos e fatos acontece a partir da vida concreta do sujeito. Está em franca decadência nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a concepção de Direito como estrutura formal, que tinha o sujeito abstrato como ponto de partida, acompanhado dos papéis que desempenhava no trânsito jurídico, apenas como proprietário, marido, testador e contratante. Atualmente, o Direito gira em torno da pessoa humana concreta e das situações jurídicas, tendo em vista, principalmente, o processo de Constitucionalização do Direito Civil”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 16.

²¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 33.

²² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.. 104-108.

protótipo está excluída a maior parcela do povo brasileiro, e cujo modelo interessa a determinado sistema de produção.

Ainda, o concubinato²³ é apto a demonstrar como uma realidade social que estava à margem do sistema, no âmbito do *não direito* - uma vez que não estava prevista no ordenamento e não tinha assim dignidade jurídica, se impõe perante o Direito.

É possível se indagar sobre qual seria a luz, a alternativa, a verdadeira saída para livrar o Direito do enclausuramento a que foi submetido pela racionalidade clássica arraigada no positivismo. É possível tentar a formulação de uma resposta: a legitimação estaria no exterior, na abertura do Direito para as manifestações sociais, para a realidade. Para tanto, é possível encontrar na Constituição a chave para a construção de um sistema mais coerente com a realidade social e, ainda, apto concretizar os direitos fundamentais.

Deste modo, sustenta-se que os princípios constitucionais podem oferecer a abertura necessária para o ingresso das situações de fato, que estão à margem do sistema, no ordenamento jurídico; de modo que aquelas situações que eram tidas como afastadas para a esfera do *não direito* possam adquirir relevância jurídica.

A abertura do sistema²⁴ por meio da incidência dos princípios apreende os fatos e relações jurídicas, tidos como marginais na racionalidade oitocentista, conferindo-lhes dignidade jurídica. As repercussões de tal movimento são sentidas na esfera da família e das relações entre pais e filhos, como bem anota Carlos Eduardo Pianovisk Ruzyk:

Os princípios constitucionais acerca da família, sobretudo o que rompe com a rigidez dos modelos ao instituir a pluralidade, e o eudemonismo, que implica a proteção da família na pessoa e no interesse de cada um de seus membros – que também dificulta o estabelecimento de modelos fechados, na medida que rompe com uma concepção institucionalista da família – proporciona a necessária abertura para que realidades familiares não descritas estritamente pelo direito positivo possam ser reputadas como juridicamente relevantes.²⁵

²³ Esta temática das famílias não fundadas no casamento será aprofundada na Seção I do presente Capítulo.

²⁴ Para o aprofundamento da noção do Direito como um sistema axiologicamente aberto, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

²⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65-66.

Assim, partiu-se da constatação de que o método da subsunção, herdado do positivismo, não se encontra apto, no momento atual, para compreender e regular a realidade²⁶. Diante da evidente decadência de tal racionalidade clássica, adota-se, na contemporaneidade, o método tópico e sistemático²⁷, pautado por uma principiologia constitucional. Não querem os juristas contemporâneos, que partilham da adoção do método tópico e sistemático, a criação de um novo sistema fechado, excludente e pretensamente completo. A racionalidade, evidentemente, deve ser outra.

Esta porosidade do sistema jurídico, na contemporaneidade, é característica do Direito como um todo, que informa, também, o Direito Civil. Deste modo, é que se parte da noção de que a família, e por extensão as relações de parentesco e de filiação são, antes de mais nada, realidade social e cultural. Realidade esta que deve ser compreendida pelo Direito, não mais em molduras rígidas e abstratas elaboradas pelo legislador²⁸, mas sim pela atribuição de sentido aos princípios constitucionais

²⁶ Com amparo na filosofia de Hans-Georg Gadamer, que fundada no primado da linguagem sustenta o caráter criativo da interpretação da lei (negando o seu caráter meramente reprodutivo), Lenio Luiz Streck afirma que: “O positivismo legal, que pretende reduzir a realidade jurídica ao Direito Positivo e a sua correta aplicação, sofre duras críticas do mestre alemão, a ponto de dizer que tal concepção acerca do Direito não tem, atualmente, nenhum partidário. Isto porque, continua Gadamer, a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável. Aparentemente, nem sequer bastaria pensar, em uma dogmática ideal, que a força produtora de direito inerente ao caso particular está predeterminada logicamente, no sentido de que caberia imaginar uma dogmática que contivesse ao menos potencialmente todas as verdades jurídicas em um sistema coerente”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 208-209.

²⁷ Para indicar essa superação acima mencionada, Marinoni leciona que: “Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do Judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. Embora essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado de casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 96.

²⁸ Exemplar é a crítica de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, informando que: “Qualquer pretensão conceitualista seria excludente, e, ao mesmo tempo, restritiva, repetindo velhas fórmulas de constituição de uma meta-realidade por meio de conceitos e modelos, nos quais o operador do direito, não raro, mergulha, em vôo cego, na ilusão de caminhar sobre uma pretensa ‘realidade

realizada no caso concreto, isso porque, conforme demonstra Luiz Edson Fachin, com um pensamento voltado especificamente à seara das relações de filiação (mas cuja essência deve ser aplicada à totalidade do fenômeno Jurídico, conforme sustenta o autor), tem-se que: “O campo da paternidade está desenhado pela realidade que não se conforma com conceitos apriorísticos; assim é, de modo especial, na definição de paternidade, sempre captando princípios e normas constitucionais”.²⁹

É percorrendo por esta senda, na linha de raciocínio ancorada no pluralismo jurídico de Antonio Carlos Wolkmer³⁰, que nesse estudo se concebe a família não como um conceito jurídico frio e sem vida, mas sim como a entidade familiar que “vem à tona da realidade social e histórica em exame, que pode acabar por ser apreendida na porosidade do sistema jurídico aberto”.³¹ Isso porque, conforme leciona Luiz Edson Fachin, a família é realidade social³² que antecede ao Direito:

A família, como fato cultural, está ‘antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico’. Mais que fatos na parede, quadros de sentido e possibilidades de convivência. Na cultura, na história, prévia a códigos e

jurídica”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7-8.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 96–97.

³⁰ Sintetizando o pensamento de Antônio Carlos Wolkmer, Carmem Lucia Silveira Ramos leciona que: “No Brasil, esta visão plural do direito, assumindo as falhas do sistema jurídico conforme posto, e a insuficiência das fontes formais clássicas, foi encontrada em Antonio Carlos WOLKMER, em quem a proposta é voltada para um pluralismo comunitário-participativo, mas, pela sua abrangência, é adequada para apontar rumos no exame das relações interpessoais, núcleo deste trabalho”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento**: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 4–5.

³¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7.

³² Em sentido similar, destoando levemente do entendimento de Luiz Edson Fachin, é o posicionamento de Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem: “A família é uma realidade natural e social, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, desde logo, em planos ou domínios da vida – íamos a escrever anteriores – ao plano jurídico. O surgimento e a vida da família realizam-se e assentam numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas e morais, que o direito reconhece, aceita e considera, ao formular a sua regulamentação da instituição familiar.

Estão entre esses comportamentos e realidades o amor, a amizade, a consciência de se formar um grupo, a confiança, a lealdade, a vida em comum, a solidariedade, uma certa identificação com os outros componentes do mesmo agregado. Como se constata, tudo são valores ou sentimentos que não são criados pelo Direito, que não existem por este determinar a sua existência – trata-se antes de conseqüências da realidade física e espiritual do homem e das concepções ético-sociais”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 146.

posteriores a emoldurações. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e de seus direitos. Vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um 'iceberg'. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno.³³

Este mesmo raciocínio que se aplica às relações como um todo, também ocorre quando se trata da família e, também se dá, obviamente, com as relações de parentesco e de filiação. Trata-se de método apto a informar todo o Direito, na análise de todas as relações jurídicas, como demonstra Luiz Edson Fachin:

As questões pertinentes ao parentesco – bem como, de um modo geral, aquelas que dizem respeito às relações de direito de família – não podem ser examinadas sem levar em conta o fato de que a família é realidade que antecede o direito.

Esse fato implica a necessidade de que, ao versar a respeito do tema, o operador e o estudioso do direito tomem em consideração a necessária abertura do sistema jurídico para os fatos da vida concreta, que ensejam a construção simultaneamente tópica e sistemática de soluções não previamente previstas (de modo estrito) no direito legislado.

A porosidade do sistema jurídico é assegurada pela maior abertura propiciada pelos princípios e valores que informam e estruturam o sistema, sendo, pois, indispensável o enfrentamento do desafio de (re)construção do direito a partir de sua ordem principiológica.³⁴

Neste trabalho serão analisadas as mudanças ocorridas na família como uma ante-sala para o estudo das relações de filiação e das questões jurídicas a elas pertinentes. Isso, porque, grande parte das transformações ocorridas nas relações de filiação são reflexos das próprias alterações levadas a efeito no âmbito da família³⁵; pois, como demonstra Luiz Edson Fachin: “O Direito da Filiação, no âmbito do Direito de Família, foi seara que recebeu imensos impactos e transformações; a rigor, é mudança mesmo no conceito de família”.³⁶

³³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 269.

³⁵ As transformações sociais repercutiram no âmbito da família e da sua regulação jurídica; e as modificações na família ecoaram nas relações de filiação: “O legado desse sistema clássico, entretanto, não se manteve incólume à evolução da própria idéia de família. As grandes concentrações urbanas, a inserção da mulher no processo de produção, constituem, entre outros, fatores importantes que provocaram essa mudança. Essa transformação gerou um novo modo de apreender as relações familiares e repercutiu no estabelecimento da filiação”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p.22.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 40.

Assim é que, antes de se analisar “os dutos” de comunicação entre o Direito e a realidade, construídos pelos princípios constitucionais, se faz necessário compreender a realidade como um imperativo lógico. Realidade que, para ser compreendida, necessita, no caso em tela, de uma análise do percurso histórico, bem como de um olhar aprofundado sobre as características das famílias contemporâneas e, ainda, sobre a realidade nelas vivenciada.

1.1 Breve histórico da família, da criança e do adolescente no Brasil

Parte-se da evidência, conforme já restou mencionado, de que não há como tentar conhecer as diversas relações sociais que se desenrolam no presente e, nem ao menos, se projetar qualquer perspectiva sobre o futuro (qualquer que seja o objeto de estudo das ciências sociais), sem se auscultar o legado deixado pelo passado.

Voltando-se exatamente para esta direção é que se capta a advertência de João Baptista Villela, quando afirma que:

Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da *grande família*, que compreendia a própria linha de escravos, pela *família nuclear*, centrada na tríade pai-mãe-filho, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta para fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.³⁷

Assim é que, para se compreender tanto a família na atualidade - a família contemporânea plural, igualitária e fundada no afeto, quanto as particularidades que caracterizam as relações de filiação na contemporaneidade, se faz necessário o estudo da marcha da entidade familiar³⁸, das pessoas que a compõe, e das relações de filiação através dos tempos.

³⁷ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: UFMG, 1980. p. 11.

³⁸ Neste sentido: “A história, nesse passo, integra a compreensão do presente: daí a razão pela qual se recolhe a vida do pretérito para melhor radiografar o mundo familiar contemporâneo”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as

Porém, antes de dar-se início a tal estudo, mostra-se necessário explicar quais os sentidos que o mesmo vai seguir, ou seja, é necessário estabelecer claramente qual o “tempo” a ser analisado, bem como determinar quais serão os objetos de investigação.

Em primeiro lugar, não é de se esperar, neste estudo da marcha da entidade familiar, uma análise centrada apenas na sucessiva passagem das leis pertinentes ao tema. Mais do que isso, o estudo levará em conta a realidade sociológica subjacente ao Direito, nos termos propostos por Ricardo Marcelo Fonseca³⁹. Com isso não se está a negar a importância das transformações na legislação e dos estudos doutrinários; apenas pretende-se revelar que, ao lado deles, existe a realidade social a ser levada seriamente em consideração.

Feita essa ressalva, adverte-se, ainda, que não se pretende, no âmbito restrito deste estudo, fazer uma historiografia da família. Este não é o objetivo proposto.

O estudo aqui é muito mais enxuto, razão pela qual, o mesmo não se deterá na análise da organização familiar em tempos imemoráveis⁴⁰, e nem passará pela apreciação detalhada do *pater familias*⁴¹ e da *patria potestas* dos romanos, e também não se deterá pelas particularidades da influência do direito canônico na família e na sua organização, e assim por diante, mesmo com total consciência da

origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 61.

³⁹ O referido autor, com amparo no pensamento de Antonio Manuel Hespanha, expõe claramente que: “Há uma recusa por parte de Hespanha às duas formas básicas de se fazer a história do direito correntes, justamente por sua cumplicidade com o positivismo histórico: a história das fontes (ou das normas, sobretudo a lei) e a história da dogmática (ou das construções doutrinárias sobre o direito). Por estas historiografias, a história do direito se esgotaria ou naquilo que os legisladores produziram (as normas) ou naquilo que os grandes pensadores elaboraram (a doutrina), de forma que todas as condições de aplicação da norma, as ‘normatizações’ marginais, pluralistas e não estatais ficam de fora. Em suma, o social é aqui apartado do direito, como se não houvesse ligação alguma entre eles”. FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha**. Curitiba. 1997. Dissertação. PPGD/UFPR. p. 106.

⁴⁰ Para tal estudo, que abrange a visão da família desde os estágios pré-históricos de cultura, ver: ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 6ª ed. trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

⁴¹ A respeito da família, do parentesco e da autoridade na família em Roma, ver: COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e Roma**. Trad. Agnes Cretella e José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

grande importância⁴² dos referidos estudos para a compreensão adequada do poder familiar.

O objetivo que se propõe no âmbito do presente trabalho, neste campo, é muito mais restrito. Conforme já restou exposto quando da apresentação das premissas deste trabalho, o tempo aqui abrange a travessia que se fez da modernidade para a contemporaneidade. Por isso, é que será estudada a passagem da família patriarcal, retratada no Código Civil de 1916, para a família plural e nuclear (e também pós-nuclear), presente na Constituição Federal de 1988, por meio das transformações ocorridas na sociedade⁴³.

Nesta travessia, não será adotada a difundida e equivocada idéia de que se está a tratar de uma mera evolução da família, como se a história fosse simplesmente linear⁴⁴. Os estudos demonstram exatamente o contrário. É preciso, assim, estar atento à advertência de que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”.⁴⁵

Deste modo é que, ao se falar aqui que o objeto de estudo será o arco histórico que vai da modernidade para a contemporaneidade, implicitamente já está dito que não serão abordados os períodos que lhes são anteriores (pelo menos não em profundidade). Porém, apenas para situar e compreender melhor o arco temporal que se propõe a vislumbrar, será feita uma breve menção à metodologia adotada por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk⁴⁶, com o intuito de retratar “os tempos da família”.

⁴² Para uma análise mais detalhada das origens e da evolução histórica do poder familiar, passando pela tradição judaico-cristã, pela filosofia dos gregos, e pelo Direito romano, antes de estudar a apreensão jurídica das relações entre pais e filhos no ordenamento jurídico brasileiro, remete-se para a seguinte obra: SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15-58.

⁴³ A indicação para tal método, de se verificar as transformações ocorridas na família por meio da análise das relações sociais, e não meramente pelo estudo da legislação pertinente, é feita por Luiz Edson Fachin, ao afirmar que: “Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49.

⁴⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 84.

⁴⁵ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: **Veja 25: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 75.

O referido autor divide o tempo da família ocidental em três períodos: i) a história de longa duração; ii) a história de média duração; iii) a breve história da família brasileira.

O tempo a que se está a tratar neste trabalho, ou seja, a passagem da modernidade para a contemporaneidade corresponde ao terceiro período identificado por Carlos Eduardo Piano Ruzyk, ou seja, a breve história da família brasileira. Evidente, portanto que, a família, como se apresenta hoje, deita suas raízes nos dois períodos anteriores.

Sendo a própria família uma realidade histórica de longa duração, uma “permanência” nos termos utilizados pelo referido autor, ela traz de suas origens remotas dois legados para a atualidade: a monogamia e a proibição de incesto.

Quanto à história de média duração da família, sua herança pode ser vislumbrada nas seguintes características: patriarcalismo, forte hierarquia, caráter transpessoal, patrimonialismo e origem fundada exclusivamente no matrimônio. Há, ainda neste período, a passagem da grande família para a família nuclear. Porém, a família nuclear, aqui, continua marcada pelo signo do modelo de família patriarcal.

Feita essa digressão aos tempos mais remotos, retorna-se à análise da breve história da família brasileira.

Inicia-se o estudo da “breve história” com a análise da família contida na codificação. O grupo familiar retratado no Código Civil de 1916 não é, obviamente, uma figura atemporal, descolada da história. Tal corpo familiar apresenta as suas origens próximas no modelo de família presente no Brasil dos tempos coloniais⁴⁷, sendo que neste período o território brasileiro é herdeiro do legado deixado pelo Direito português. Assim, o modelo de família que se inseriu no Código Civil 1916 deita suas raízes na realidade presente no Brasil colonial, fortemente influenciado pelo Direito Português⁴⁸ e pelo Direito Canônico, modelo este que apresenta as

⁴⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 77-165.

⁴⁷ Trata-se do retrato da herança colonial brasileira que influenciou o Código Civil de 1916. Sobre o tema, Orlando Gomes revela que: “A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até o final do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial”. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18.

características anteriormente delineadas, quais sejam: patriarcalismo, hierarquia, patrimonialismo e fundamento exclusivo no matrimônio. Em resumo, trata-se do legado da história da família de média duração retratada por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, ou, em outras palavras, “a herança colonial que se presentificou no Brasil do Código Civil”⁴⁹.

No Brasil colonial, a família era concebida em modelo único, descrito acima, e o se determinado dado da realidade não se enquadra-se naquela moldura, ele não adquiriria relevância para o Direito. Assim é que a família retratada no Código abrangia apenas uma parte ínfima da população, ou seja, a classe senhorial.

A história da organização jurídica da família moderna assenta-se em princípios que foram construídos e desconstruídos através de uma ideologia movente ao longo dos séculos. Além dos aspectos políticos e econômicos que davam o tom patrimonializado e hierarquizado às famílias ocidentais, ela calcava-se também em uma moral que dizia o dever-ser e sustentava a ideologia patriarcal, inclusive através de uma moral sexual civilizatória. Foi através dessa moral sexual que se legitimou ou ilegitimou-se determinadas categorias de filhos e formas de constituição de famílias. Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez.⁵⁰

Esse era o paradigma de família no período colonial brasileiro, que tinha o seu lugar de origem no campo⁵¹, na área rural (preferencialmente nos latifúndios,

⁴⁸ A respeito da implantação do Direito português no Brasil, com especial relevância às Ordenações Filipinas de 1603, e do gradativo afastamento de tal influência a partir da segunda metade do século XIX, ver: FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O Direito Matrimonial na Segunda Metade do Século XIX: Uma Análise Histórico-Jurídica**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2008. p. 16, 22, 37, 45.

⁴⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4.

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 69.

⁵¹ Para um registro da família rural patriarcal do período, e de suas origens remotas, relevante se faz deter-se na seguinte passagem: “Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que permanece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente os escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, como ele, a autoridade imensa do pater-famílias. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antiguidade, em que a própria palavra ‘família’, derivada de *famulus*, se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os *liberi*.”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 81.

nos quais a prática da monocultura para exportação, era o ponto dominante), mas que também, quando do início da urbanização, se refletiu quase que integralmente nas cidades⁵².

Se apenas ao modelo de família codificado era atribuído valor jurídico, conclui-se que um número considerável de relações foi afastado⁵³ para a esfera do *não direito*; como as uniões não matrimonializadas e a filiação que não decorresse do matrimônio.

Contudo, a existência de tal modelo único, apreendido pelo Direito, não impedia a ocorrência de outras formas de organização familiar. Deste modo, tem-se claro que mesmo diante da tentativa de se conferir efeitos jurídicos a apenas um modelo de família – a matrimonializada, a pluralidade de modelos familiares, especialmente a família não fundada no casamento, sempre foi uma realidade viva e

⁵² “Um dos efeitos da improvisação quase forçada de uma espécie de burguesia urbana no Brasil está em que certas atitudes peculiares, até então, ao patriciado rural logo se tornaram comuns a todas as classes como norma ideal de conduta. Estereotipada por longos anos de vida rural, a mentalidade de casa-grande invadiu assim as cidades e conquistou todas as profissões, sem exclusão das mais humildes”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 87. Neste mesmo sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzk, como respaldo em Gilberto Freyre, afirma que: “Não é possível ignorar, ainda, que a família do sobrado não difere muito da família da casa-grande no que tange ao caráter patriarcal e hierarquizado que em ambas se apresenta, restando a diferença mais relevante situada no âmbito da extensão da parentela que se incorpora à estrutura familiar. Tem-se pois, no Brasil do século XIX, conforme o ambiente – urbano ou rural – que se examina, que entre as formações familiares passíveis de localização entre as elites, avultam aquelas designadas por Freyre como a família da casa-grande dos senhores rurais e o sobrado das elites que ou se transportaram ou se desenvolveram nos aglomerados urbanos. A análise dessas famílias que têm sua gênese na família colonial e manterão certos caracteres essenciais relativamente estáveis ao longo do Brasil Império e, mesmo, nas primeiras três décadas do século XX pode partir, visando a aprender seus caracteres mais relevantes, de uma dimensão funcional do fenômeno familiar brasileiro nesse período histórico, com ênfase à transição entre os séculos XIX e XX”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 115.

⁵³ Referindo ao Código Civil de 1916, Orlando Gomes afirma que: “No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamentalmente em 1988. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranqüilamente no Código”. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 22.

pujante na sociedade brasileira desde as suas origens. Realidade esta que, mesmo sendo negada pelo Direito, evidentemente não deixou de existir:

Destarte, se a organização familiar no Brasil-Colônia era centrada nas uniões matrimonializadas, nos moldes europeus-cristãos, tanto as famílias sem casamento eram uma realidade, quanto os relacionamentos de natureza sexual paralelo ao matrimônio, ou envolvendo pessoas pertencentes a classes sociais díspares, ou clérigos, eram freqüentes.⁵⁴

Neste sentido é que se faz possível a afirmação de que “no plano da realidade social, a família brasileira sempre foi plural, conforme evidenciam as fontes históricas a respeito, embora isto não tenha sido reconhecido pelo sistema jurídico senão em data recente”.⁵⁵

Na Colônia, as relações de filiação eram pautadas pelas características e valores presentes na família do período, como demonstra Rosana Amara Girardi Fachin⁵⁶: “Na história da família, a criança sempre exerceu um papel em que a relação entre pais e filhos era fincada numa realidade moral e social, quase isenta de sentimentos e afetividade. O filho na família patriarcal era mais um elemento de força produtiva”.

Assim é que na racionalidade oitocentista havia a discriminação entre filhos legítimos e filhos ilegítimos. Aqueles, associados ao matrimônio dos pais⁵⁷, recebiam

⁵⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento**: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 108.

⁵⁵ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento**: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111.

⁵⁶ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 45-46.

⁵⁷ A classificação discriminatória entre os filhos, presente no Código Civil de 1916, é muito bem retratada Rose Melo Vencelau: “Os filhos legítimos, ocupantes do topo da pirâmide de proteção, eram aqueles nascidos no interior de um lar matrimonial, único que merecia ser denominado de família. Coerente nesta lógica, o artigo 352 do Código Civil previa a equiparação dos filhos não matrimoniais aos legítimos, por intermédio do instituto da legitimação, isto é, com a superveniência do casamento dos pais, durante a concepção ou após o nascimento do filho. Conforme dito anteriormente, os filhos ilegítimos eram classificados em naturais e espúrios. Os filhos naturais eram concebidos de pais não unidos pelos laços do matrimônio, mas sem qualquer impedimento para o casamento, o que facilitava a sua equiparação aos legítimos, por meio da legitimação. Os filhos espúrios eram igualmente concebidos extramatrimonialmente, todavia, com a existência de impedimentos matrimoniais entre os pais. Os espúrios eram chamados ainda de adulterinos ou incestuosos, consoante o impedimento dirimente absoluto que obstasse o casamento dos pais fosse o casamento com terceira pessoa ou a consangüinidade”. VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 12.

respaldo do ordenamento jurídico; estes, naturais ou espúrios (adulterinos ou incestuosos), por não decorrerem do casamento entre os pais, mesmo mostrando-se com todas as cores como realidade pulsante, foram afastados para a margem do sistema, para a esfera do *não direito*.

Os obstáculos impostos ao reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, bem como a concepção de um vínculo matrimonial indissolúvel, bem representam as *ficções* jurídicas criadas pela racionalidade clássica com o objetivo determinados interesses. Esta idéia de ficção é bem exposta por Guilherme de Oliveira em texto publicado originariamente no ano de 1976, no Boletim de Direito da Universidade de Coimbra:

As concepções dominantes nos séculos dezoito, dezanove e ainda na primeira metade do século vinte sobre a estrutura e funcionamento do agregado familiar impunham uma regulamentação positiva que deixava lugar amplo às ficções – de amor conjugal perpétuo, de paternidade marital – e omitia o reconhecimento dos vínculos de filiação extramatrimonial como se eles, de facto, não existissem.(...)

As limitações da dissolução do casamento e a subsistência do laço matrimonial por força da lei, independentemente da comunhão afectiva dos cônjuges traduziu-se numa ficção jurídica de matrimónio, mera forma sem conteúdo real.(...)

Ficções que consistiam na atribuição de paternidades falsas ao marido sem possibilidades suficientes de impugnação e ainda nas dificuldades do reconhecimento da paternidade natural, que chegava à proibição nos casos de filiação natural adulterina.⁵⁸

Naquele modelo de família predominante na elite rural (e, posteriormente, urbana) do Brasil colonial, que restou retratado pelo Código Civil de 1916, a atenção dos pais para com a criação e desenvolvimento dos seus filhos menores era direcionada para a manutenção e reprodução daquele mesmo modelo hierarquizado e patriarcal que foi a herança colonial do Estado cartorial brasileiro⁵⁹, como bem demonstra Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, quando faz a afirmação de que naquele período:

A criação dos filhos visava ao atendimento das necessidade de reprodução desse modelo de família. As filhas eram criadas com o cuidado necessário a

⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a Verdade e a Ficção no Direito de Família. In: **Temas de Direito de Família**. 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 5-6.

⁵⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17.

se tornarem, boas mães e esposas, honradas, recatadas e pias, para a obtenção de bons casamentos, sem a preocupação com desenvolvimento intelectual. Os filhos, no caso da família referida pelo citado autor, recebiam instrução esmerada, sendo enviados a estudar na Europa, embora o próprio Rego Barros não tivesse maior instrução. O relevante, para os filhos homens, era que pudessem assumir as futuras responsabilidades masculinas, em que se coloca a administração do patrimônio.⁶⁰

Neste contexto, o “pátrio poder”, cuja titularidade e exercício eram exclusivos do homem, praticamente não encontra freios, sendo que o pai presente na racionalidade oitocentista que inspirou o Código Civil de 1916 aproxima-se do *pater familias* romano, este que era detentor do direito de vida e morte sobre os que estão submetidos ao seu poder. Evidentemente havia uma aproximação, não uma equiparação, do pai de família colonial brasileiro com o *pater familias* romano. Tal modelo colonial, que se fez presente na codificação, quanto ao conjunto de poderes que representava o pátrio poder, era caracterizado pelo viés patrimonialista e hierarquizado, aonde o filho era considerado mais um objeto do que um sujeito de direito, ou mesmo, uma pessoa de carne e osso dotada de dignidade.

Faz-se ilustrativa da situação da família presente no Brasil colonial, que restou retratada no Código, a narrativa de Sérgio Buarque de Holanda, ao afirmar que: “Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para a sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso”.⁶¹

A família padrão do período colonial brasileiro foi se alterando com o passar do tempo, sendo que no período correspondente ao Brasil Império ela já possuía, mesmo que timidamente, novas feições decorrentes da “gradativa desestruturação do sistema escravista de produção e a inserção, continuamente mais intensa, dos

⁶⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 117.

⁶¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 82.

imigrantes europeus em solo brasileiro”⁶². Não obstante tais alterações, a essência da racionalidade oitocentista permaneceu até o início do século XX.

O retrato da família presente no Código Civil de 1916, retrato este que desde a sua origem já não correspondia fielmente à realidade, foi sofrendo os impactos das transformações sociais, econômicas, políticas e culturais⁶³ que se operaram no decorrer do século XX.

Dentre tais mutações, que repercutiram na fisionomia da família e do Direito que lhe diz respeito, cumpre destacar o processo de industrialização, a inserção da mulher no mercado de trabalho, o movimento feminista, o surgimento de novos métodos contraceptivos, a liberalização sexual, dentre outras mudanças que alteraram a realidade social e a concepção de mundo que vigora na mente das pessoas. Resta claro, portanto, que se está a tratar de alterações que se operaram no campo objetivo e também na esfera da subjetividade.

Evidente, pois, são as transformações pelas quais a família⁶⁴, o parentesco, as relações de filiação e o poder familiar passaram nesta travessia, que vai da

⁶² FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49.

⁶³ “A família, concebida como um grupo social que se modifica de acordo com as transformações operadas no meio em que se insere, não permaneceu estática no curso do século XX. Transformações, jurídicas e sociais, informadas pelos processos de industrialização e de urbanização construíram, gradativamente, um modelo de família diverso”. CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 183.

⁶⁴ A passagem da grande-família para a família nuclear, e mesmo para a família pós-nuclear, revelando a concepção pluralista que deve estar presente no Direito de Família, é colocada à mostra por Luiz Edson Fachin: “A *pequena-família*, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. A família já não produz bens na esfera doméstica e por isso observa-se uma separação entre o lar e o local de trabalho. A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais, numa comunhão de sentimentos e de afeto, isto é, de vida e de história. Sob a concepção *eudemonista* da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. Continua o autor afirmando que: “O estudo da evolução estrutural da família, que de costume opõe o modelo tradicional ao moderno com tese e antítese, deu um passo à frente impulsionado por fatos sociais que se impõem perante o Direito. Cuida-se já da família ‘pós-nuclear’. A coabitação fora do casamento e a relativa indiferença ao estado matrimonial dos pais exemplificam esse novo momento do modelo familiar. A “família” sem filhos pode ser uma das faces da superação da família nuclear. Vê-se também encartada nesse modelo “pós-nuclear” a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, recepcionada expressamente pela Constituição de 1988 (art. 226, par. 4). Enquadra-se aí a hipótese da família adotiva, cujo adotante não seja casado”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 25-26.

modernidade (sem esquecer que a família ali presente possui suas raízes próximas e remotas) à contemporaneidade.

O ordenamento jurídico, ao captar os bons ventos da realidade, implode o modelo excludente de constituição da família exclusivamente por meio do matrimônio, conferido assim dignidade jurídica às demais formas de família que sempre estiveram presentes na sociedade. Ao mesmo tempo, começam a ruir o pilar patriarcal e a ferrenha hierarquia que dominaram as relações entre os cônjuges, a filiação e o exercício do “pátrio poder”, como bem demonstra Carmem Lucia Silveira Ramos:

Em face da progressiva alteração da fisionomia estrutural e das funções da família, que, embora num movimento lento, foi afastando a de tipo patriarcal, caracterizada pela rigidez de papéis desempenhados por cada membro do grupo e por sua hierarquia interna, compatibilizando-a com a ótica atual da realidade de vida, precipuamente urbana, e com a emancipação feminina que a acompanhou, o elemento unificador entre as diversas formas de relações familiares passa a ser cada vez mais a comunhão de afeição e vida.

Isto vem a embasar a pluralidade de faces que a realidade familiar pode assumir, não mais se justificando, inclusive, a manutenção da noção, posta nos sistemas jurídicos liberais, de que a única fonte de família seja o matrimônio, o que, a rigor, sempre foi falso, no que se refere à realidade brasileira.⁶⁵

Assim, nas relações familiares, passa-se do predomínio da hierarquia, da autoridade e do foco no patrimônio, para a preservação da dignidade e dos interesses de cada um dos membros da família e para a valorização dos laços afetivos, mudanças paradigmáticas que se apresentam como o “resultado da força criadora dos fatos: a família do século XX se caracteriza pelo sentido afetivo, expresso por meio de suas funções pessoais”⁶⁶.

Assim é que, muitas das ficções foram ruindo com o reconhecimento jurídico (seja pelo labor da jurisprudência ou, de modo mais lento, pela absorção da realidade pela legislação) que lhes foi conferido. Embaladas pelas transformações

⁶⁵ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento**: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 43.

⁶⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 26.

sociais e culturais, ficções foram desfeita para que os fatos que estavam relegados à esfera do *não direito* pudessem aparecer⁶⁷, como realidade, para a juridicidade.

Na tentativa de mudar as linhas daquele quadro delineado pelo Código Civil de 1916, a legislação tenta compreender e se adaptar à nova realidade a partir da edição de leis extravagantes⁶⁸. Houve, deste modo, a progressiva busca da igualdade entre os cônjuges, bem como da igualdade entre todos os filhos e acabou-se com a ficção do matrimônio indissolúvel. Porém, o ápice deste reconhecimento das transformações se dá com a Constituição Federal de 1988, conforme será observado em maiores detalhes, posteriormente, em seção especialmente destinada a estudar o impacto da Constituição nas relações familiares, especialmente nas relações entre pais e filhos (objeto principal deste trabalho).

Cabe apenas destacar, aqui, que a constitucionalização do Direito Civil propiciou uma revolução na compreensão do tema, como bem demonstra Luiz Edson Fachin, ao demonstrar que o caráter patriarcal, hierarquizado, patrimonialista e discriminatório que regia as relações de filiação não mais persiste na contemporaneidade, isso porque: “Essa realidade jurídica se alterou em 1988. A Constituição Federal, ao consagrar a igualdade da filiação, adotando um estatuto único, opera alteração do ordenamento relativo à filiação, o que acaba dando lugar a uma nova compreensão da matéria”.⁶⁹

⁶⁷ “O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão do mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 100.

⁶⁸ Neste sentido: “As falhas e o caráter ultrapassado do modelo codificado foram gradativamente sendo assumidos pelo próprio direito positivo, que para tanto utilizou-se, contudo, da mesma estrutura lógico-formal a partir da qual foi engendrado o sistema jurídico. Isto se deu num primeiro momento a partir da edição de leis designadas como extravagantes, a que se seguiram os estatutos especiais, regulamentadores de institutos ou situações específicos, até atingir a constitucionalização dos institutos do direito privado, fenômeno também designado como ordinarização da constituição, ou direito civil constitucional”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 104-105.

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 65.

Portanto, no Direito de Família contemporâneo, encontram-se diversas situações que surpreendem⁷⁰ os juristas, e, para as quais, não existem (e nem deseja-se que existam) fórmulas prontas e acabadas para regulamentá-las.

1.2 Situação real de grande parte das crianças e adolescentes brasileiros

Pois bem, viu-se que na contemporaneidade vigora a absorção, por parte dos operadores do Direito, do pluralismo. Na seara do Direito de Família, tal fato se reflete em uma concepção pluralista e eudemonista de família. Trata-se, deste modo, da necessária concessão do Direito à realidade social.

Contudo, o pluralismo não é apto, por si só, para transpor o fosso abissal existente entre o direito e o não direito, isso porque tal fosso possui dois níveis, dois elementos que o compõe, e o pluralismo é apto a dar conta apenas de um desses elementos.

Para expor a idéia acima referida de modo mais claro, ou seja, a necessidade que o Direito tem de além de se pautar na realidade social também influenciar na transformação da mesma por meio da concretização dos direitos, valiosa se faz a lição de Rosana Amara Girardi Fachin que, ao tratar do divórcio entre o Direito e a realidade, afirma que: “Eis aí o primeiro degrau daquele abismo originariamente apontado, isto é, o afastamento entre o sistema jurídico e a maioria da população. A ele se adiciona um segundo degrau, qual seja, a distância, compreendida dentro do próprio Direito, entre o discurso formal e a realização desses Direitos”⁷¹. Continua a autora, neste claro e brilhante raciocínio, para concluir que: “se foi vencida a exclusão de primeiro grau inicialmente referida, com a inserção no sistema jurídico de conceitos plurais de família, permanece ainda não

⁷⁰ “De igual modo, a observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que revaloriza a família desatando alguns nós. Clama-se, e não é de agora, por um direito de família que veicula amor e solidariedade”. FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 4.

⁷¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 33.

superada a outra exclusão, aquela que separa os direitos tão-somente proclamados dos direitos efetivamente realizados”.⁷²

Passa-se, assim, a centrar a atenção em outra questão, qual seja, a efetividade (eficácia social) das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Ao negligenciar a devida atenção que se faz necessária para este outro momento do “fosso”, o degrau da efetividade, o operador jurídico pode vir a incidir no equívoco de compreender que o Direito deve ser apenas um espelho da realidade de fato. O Direito é mais do que apenas isso. Além do necessário olhar para a realidade, propiciado pelo pluralismo, é preciso também estar atento para a questão do papel transformador da realidade que o Direito deve exercer⁷³, como bem demonstra Luís Roberto Barroso⁷⁴, ao afirmar que:

No nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja a sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinariamente e invariavelmente já ocorre. É exatamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o direito deve limitar-se a expressar a realidade de fato. Isso seria a sua negação. De outra parte, é certo que o direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz.

A partir da observação do entorno, da realidade viva e multifacetada que nos rodeia, percebe-se que os direitos humanos constituem “mais esperança que realidade para a maior parte dos seres humanos”⁷⁵. No âmbito dos direitos fundamentais da infância e da juventude, a sua falta de efetividade (eficácia social)

⁷² FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91–92.

⁷³ A dimensão dúplici do Direito, que o visualiza como reflexo da realidade e também como elemento transformador da mesma realidade, evidentemente também se manifesta na Constituição, conforme expõe Konrad Hesse ao afirmar que: “a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (Individuelle Beschaffenheit der Gegenwart)”. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 223.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 26.

torna-se mais evidente. Para tanto basta olhar as crianças pedindo esmolas nos sinaleiros, os adolescentes (de todas as classes sociais) afundando suas vidas no uso de entorpecentes e (ou) no tráfico de drogas, os assombrosos índices de violência aonde se constata que os jovens, principalmente os do sexo masculino, lideram este triste ranking, dentre outros milhares de exemplos que se poderiam oferecer.

A violação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes pode ocorrer de diversos modos, pela ação ou omissão dos mais diversos agentes: pelo Estado que não efetiva as políticas públicas destinadas a atender os jovens e petizes; pelos próprios agentes do Estado; por parte da sociedade; por ações das próprias crianças e adolescentes e, ainda, pelos integrantes da família da criança e do adolescente.

É neste último espaço, no âmbito familiar, que (paradoxalmente) ocorrem as maiores violações de direitos das crianças, em muitos casos tendo os pais como os agentes das transgressões. Uma das formas de violação é exatamente a violência intrafamiliar, que nos últimos tempos vem ganhado destaque na mídia, como bem sintetiza Ana Carolina Brochado Teixeira:

Alguns fatos nos impressionaram nos últimos tempos. A morte de Isabella Nardoni, supostamente pelo pai e madrasta (2008); o austríaco que manteve a filha e filhos incestuosos, frutos de abusos sexuais, presos em um porão por 24 anos (2008); pai que jogou o bebê contra o pára-brisa de carro (2003); mãe que jogou a filha na Lagoa da Pampulha (2006) entre muitos outros que não são divulgados. Diante disso, resta-nos uma pergunta: o que o Direito pode e deve fazer diante de tantas atrocidades, que negam a responsabilidade dos pais para com os filhos?.⁷⁶

Trata-se de um fenômeno que, obviamente, não se restringe ao cenário brasileiro contemporâneo. Não obstante as mudanças legislativas no que diz respeito à proteção das crianças e dos adolescentes, no âmbito nacional e internacional, ocasionadas pela nova visão que se tem da infância e da juventude; fato é que os seus direitos continuam sendo violados diuturnamente, como demonstra a jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor:

⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Haveria alternativas jurídicas frente à irresponsabilidade parental? In. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**. nº 50. Ano 8. maio/junho 2008. p. 6.

Contudo, se considerarmos a situação real das crianças, durante o século XX, designado como século da criança, por ser a época em que as leis e a sociedade mais se preocuparam com as crianças, verificamos que a infância como a idade de ouro, caracterizada pela inocência, pela felicidade ou pela proteção e segurança, é um mito. As crianças continuam a ser tratadas como objetos ou propriedade dos pais, a viver na pobreza, sem lar nem segurança social e abusadas sexualmente por aqueles encarregados de cuidar delas.⁷⁷

Os estudos estatísticos são excelentes instrumentos para se conhecer uma da realidade. Porém, quanto a realidade em questão é a violência intrafamiliar, as estatísticas devem ser analisadas com uma certa desconfiança. Isso porque, dadas as características peculiares deste tipo de violência, um universo gigantesco de situações de agressões, e as mais variadas formas de desrespeito dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, não chega sequer ao conhecimento de terceiros e do Poder Público. A violência torna-se um assunto doméstico, cujo conhecimento raramente extrapola a esfera familiar, da vítima e do agressor.

Assim, ao se analisar qualquer estudo que pretenda retratar a violência intrafamiliar, dever-se-á ter esta peculiaridade em questão, para filtrar os dados e redimensionar a realidade, que se mostrará assombrosa. Este alerta é feito por Maria Berenice Dias, de modo claro:

De um modo geral, a forma de chamar a atenção sobre alguma coisa – principalmente de fatos que não se quer ver ou de realidades que não se quer enxergar – é trazer números ou relatar casos concretos. No entanto, quando se fala de um tema ligado à sexualidade, os números jamais espelham a realidade. Principalmente quando o assunto se refere a crimes sexuais, crimes que acontecem dentro do lar, crimes cometidos contra crianças por pais, padrastos, tios, avós, etc., os números são subdimensionados. (...)

O abuso sexual contra crianças e adolescentes é um dos segredos de família mais bem guardados, sendo considerado o delito menos notificado. Tudo é envolto em um manto de silêncio; por isso, é muito difícil estabelecer uma estimativa que permita uma idéia a respeito de números.⁷⁸

Finalizado este breve histórico, bem como esta rápida análise da situação atual de parcela da juventude brasileira, volta-se agora à questão da concessão do Direito à realidade. Nesta seara tem-se que, como já restou afirmado, a conexão do

⁷⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens**: a função dos juízes sociais. Coimbra: Almedina. p. 13.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. Incesto: Um Pacto de Silêncio. In: **Família e Dignidade**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 603.

Direito com a realidade se faz por meio dos princípios constitucionais. O Direito deve ser visto como um sistema aberto e flexível, dotado de “inputs” e outputs”, que o aproxime da realidade, buscando-se, assim, a legitimidade do Direito no que lhe é exterior. Tal raciocínio conduz o presente trabalho para o próximo capítulo, aonde será abordado o tema da constitucionalização do Direito Civil.

2 CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIZAÇÕES DO DIREITO CIVIL

Uma vez que, na contemporaneidade, o ordenamento jurídico é aberto em sua conexão com a realidade, tem-se que tal porosidade é “assegurada pela maior abertura propiciada pelos princípios e valores que informam e estruturam o sistema, sendo, pois, indispensável o enfrentamento do desafio de (re)construção do Direito a partir de sua ordem principiológica”⁷⁹.

Como já restou verificado, esta porosidade decorre do fato de que, dentre outras causas, as instituições, os princípios e as regras são compreendidos com maior propriedade por meio da análise e comunicação com a história e com a realidade social⁸⁰, do que por intermédio de uma racionalidade abstrata e excludente.

A perspectiva contemporânea do Direito é fruto de um momento de crise e, conseqüentemente, da crítica contundente ao racionalismo que inspirou a codificação oitocentista. Os fundamentos desta crítica ao sistema de Direito privado clássico podem ser observados no artigo ímpar de Carmem Lucia Silveira Ramos, no qual a autora expõe que o Direito estava “Enraizado no racionalismo-individualista, o sistema jurídico liberal induz à lógica, à generalidade e à abstração. A partir de sua orientação filosófica, exagera o papel da razão, em detrimento da experiência, utilizando como método de investigação científica os dados obtidos por dedução, excluindo os elementos empíricos obtidos por indução”⁸¹.

O sistema clássico, fundado no positivismo, é entendido como aquele “período anterior ao despertar da magistratura e da doutrina nacional para a força transformadora dos valores constitucionais sobre a estrutura das relações de direito

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 269.

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 21.

⁸¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 12

privado”⁸². E a crítica a tal sistema apresenta-se bem caracterizada também pela doutrina portuguesa:

A função dos juristas não consiste na descoberta das soluções que decorrem da lei, como um dado já posto, através dos métodos lógico-dedutivos de interpretação, mas na resolução dos problemas jurídicos concretos com justeza prático-normativa, dando prioridade ao caso e colocando no centro a pessoa humana e valores ligados à vida e à liberdade. Aos juristas também compete o impulsionamento de reformas legais, a elaboração de critérios de orientação para uma jurisprudência criativa e a contribuição para revoluções culturais. Os juristas não devem obediência à lei imoral ou injusta, antes devem ter a ousadia e a responsabilidade de tomar decisões baseadas não em formalismos desresponsabilizantes, mas numa lógica do coração. E também, por que não sonhar? Um jurista também deve sonhar e transmitir, em cadeia, os seus sonhos a outros, até que esses sonhos, um dia, se possam tornar realidade.⁸³

A opção de buscar na história e na realidade social e dinâmica a explicação do Direito, para assim fugir dos “irreais” conceitos racionais que enclausuram os fatos em rígidas estruturas, é um dos desafios que o jurista contemporâneo deve empreender, como bem demonstra Luiz Edson Fachin, quando afirma que é necessário: “Descobrir o direito pela força criadora dos fatos – como escreveram na Itália Pietro Perlingieri e Vincenzo Franceschelli -, captando a legítima ‘revolta dos fatos contra o código’ sem a irresignação que daí retirava Gaston Morin, apreendendo que o caráter ôntico do direito está na sociedade e na realidade social, econômica e política”⁸⁴.

Assim, com o desmoronamento do método racionalista clássico, faz-se necessário verificar o surgimento da fisionomia contemporânea⁸⁵ do Direito,

⁸² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. XI.

⁸³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens**: a função dos juízes sociais. Coimbra: Almedina. p. 63.

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

⁸⁵ Neste sentido é a lição de Luiz Edson Fachin: “O trabalho aponta, na doutrina e na jurisprudência, o antigo que declina e o moderno que se foi, para a investigação do Direito Civil consciente de seu tempo e de sua história, e lança um desafio que deve, mesmo em seus limites, captar a temática e o método numa magnitude aberta e interdisciplinar. Reconhece, de saída, a inexistência de soluções *prêt-à-porter*, da *pureza conceitual* e do ornato amestrador da mera exegese. Em particular no Direito Civil contemporâneo, com os olhos voltados para a realidade que o cerca, ciente do sentido que imprime ao Direito o impulso para novas perspectivas”. FACHIN, Luiz Edson. Novos paradigmas do Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: **Repensando os fundamentos do**

especialmente do Direito Civil⁸⁶. Essa fisionomia contemporânea do Direito Civil é exatamente a perspectiva do Direito Civil Constitucional. Essa distância entre o moderno e o contemporâneo, e a crise do sistema clássico que demonstra a necessidade de se empreender tal travessia, são bem aclaradas por Carmem Lucia Silveira Ramos, *in verbis*:

Entre a norma idealizada, contida na carta constitucional, e a efetiva preservação da igualdade substancial, contando-se apenas com a operacionalização do direito, nos moldes estabelecidos no sistema jurídico racionalista e neutro em vigor, há, no entanto, uma enorme distância, o modelo consagrado via de regra se mostrando incapaz de solucionar os conflitos de interesses conforme se manifestam na atualidade.⁸⁷

Passando agora para o momento de superação da racionalidade codificada, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que aquelas características do positivismo jurídico não se fazem mais presentes na concepção “moderna” do Direito⁸⁸ (a expressão utilizada pela autora para referir-se à superação do modelo clássico corresponde ao nosso “contemporâneo”).

A autora propõe que a travessia do moderno para o contemporâneo decorreu não apenas de alterações na sociedade e no Estado, mas também em função de mudanças internas na própria estrutura do Direito Civil, quais sejam: a) os Códigos perderam a posição central no sistema, reduzindo assim o espaço do contrato e da propriedade; b) a superação do individualismo, que cede espaço para o coexistencialismo; c) a influência das correntes de pensamento que aspiram por justiça social; d) as inúmeras mudanças sociais que refletiram-se no Direito, demonstrando que os fatos se impõem perante o Direito, quer ele queira ou não.

direito civil contemporâneo. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 12.

⁸⁶ É importante prestar atenção para o fato de que a constitucionalização não é uma exclusividade, um fenômeno próprio do Direito Civil, mas sim uma revolução que se faz presente em todo o Direito: “Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** v. 1. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 45.

⁸⁷ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 106.

⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 22

Assim, a autora conclui que o Direito Civil passou por diversas e profundas alterações e inovações, decorrentes de inúmeras causas⁸⁹, sendo que o advento do Estado intervencionista é apenas um dos elementos (e não o principal) que influenciou estas mudanças⁹⁰.

Por isso, com essas mudanças, não se trata de uma invasão da esfera pública sobre a esfera privada⁹¹, mas sim da formulação de um novo Direito Civil, que, para tutelar a pessoa humana, passa utilizar técnicas e instrumentos tradicionais de direito público. Maria Celina Bodin de Moraes coloca, como um exemplo deste novo paradigma, a aplicação direta das normas (regras e princípios) constitucionais nas relações interprivadas.

Nesta situação de mudança de paradigmas, constata-se que o Código Civil perdeu a centralidade no sistema jurídico⁹², como demonstram o surgimento de

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 23.

⁹⁰ Este ponto de vista de que o Estado Intervencionista não foi o único agente de mudanças do Direito é também apresentado por Carmem Lucia Silveira Ramos: “Ainda que a recepção da proteção dos interesses sociais, paralelamente aos interesses individuais, embora preservando no paradigma liberal de ordenamento jurídico, tenha se evidenciado com maior nitidez, se bem que não exclusivamente, como consequência do *welfare State*, o qual, por sua vez, foi uma manifestação característica do período posterior à Segunda Guerra Mundial (1945), pelas profundas transformações econômico-sociais que provocou, levando à preocupação com o meio ambiente e a qualidade de vida da população, o retorno do sentido do direito civil às suas raízes romanas, sua compreensão com o direito do cidadão, só em momento posterior se manifestou”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 8.

⁹¹ Demonstrando que não há invasão da esfera pública sobre a privada, e sim a formulação de um novo método para a aplicação e interpretação do direito civil, Gustavo Tepedino leciona que “A propriedade com a sua função social, as limitações do solo urbano e as restrições ao domínio são um novo conteúdo à senhoria, limitando internamente o conteúdo do direito de propriedade. Não se trata, à evidência, de deslocamento para o direito público de certos tipos de propriedade, como se ao direito civil coubesse a disciplina de uma propriedade sem limites, no espaço que lhe restou, onde fosse possível expandir o mesmo individualismo pré-constitucional, podendo, então, finalmente, o titular, exercer a senhoria livremente, sem intervenção estatal. Ao contrário, todo o conteúdo do direito subjetivo de propriedade encontra-se redesenhado. O mesmo fenômeno verifica-se no direito de família. O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20.

⁹² Analisando essa mudança no centro do sistema, Gustavo Tepedino assim se manifesta: “O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado passam a

diversos microssistemas e o próprio papel assumido pela Constituição de intervir nas relações interprivadas. Segundo Carmem Lucia Silveira Ramos⁹³, a origem dessa transição no centro do sistema se deu pelo fato de que:

As falhas e o caráter ultrapassado do modelo codificado foram gradativamente sendo assumidos pelo próprio direito positivo, que para tanto utilizou-se, contudo, da mesma estrutura lógico-formal a partir da qual foi engendrado o sistema jurídico.

Isso se deu num primeiro momento a partir da edição de leis designadas como extravagantes, a que se seguiram os estatutos especiais, regulamentadores de institutos ou situações específicas, até atingir a constitucionalização dos institutos de direito privado, fenômeno também designado como ordinarização da constituição, ou direito civil constitucional.

A centralidade do sistema foi deslocada do Código para a Constituição (sob as noções de unidade do sistema e hierarquia das fontes), que, segundo Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁴, é a base única dos princípios fundamentais do sistema. Nesta perspectiva, em que a Constituição é colocada no centro do sistema informando toda a ordem jurídica, manifesta-se Luiz Edson Fachin⁹⁵:

A Constituição, com os valores ali consagrados, inspirou a edição de leis esparsas que vieram regulamentar seu conteúdo, bem como, adequar aos seus princípios disposições legais preexistentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois a Constituição veio residir no centro do ordenamento social, e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria, propriamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional –, mas, na verdade, regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional.

A respeito do princípio da supremacia da Constituição, em passagem clara, concisa e extremamente elucidativa Luís Roberto Barroso⁹⁶ assevera que “Toda

integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7.

⁹³ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 104 – 105.

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 24.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6–7.

interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.

Com relação à unidade do ordenamento, ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental, fator determinante de validade da ordem jurídica. Há uma relação entre norma fundamental e Constituição, conferindo à Constituição o papel de centro unificador do sistema⁹⁷, ou seja, “as normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nesta perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico”⁹⁸.

Assim, das idéias de unidade e supremacia decorre a constatação de que os princípios e regras da Constituição se irradiam por todo o ordenamento, resultando inaceitável, deste modo, a rígida distinção entre Direito Público e Direito Privado que era posta pela doutrina tradicional⁹⁹. Neste novo paradigma, representado pela constitucionalização, “não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”¹⁰⁰.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 150.

⁹⁷ Neste mesmo sentido é a doutrina de Gustavo Tepedino, que amparado por Pietro Perlingieri, assim se manifesta: “Caso o Código Civil se mostrasse incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderia fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, consequentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recuperar-se-ia, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13 – 14.

⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 24

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília. a. 36. N. 141, jan. /mar. 99. p. 100.

Segundo a autora, não é preciso temer a superação dessa dicotomia público-privado (tal superação não causará a dissolução do próprio Direito), pois são os valores constitucionais que irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas. Para demonstrar que a constitucionalização do direito privado não representa a “dissolução do direito”, Luiz Edson Fachin¹⁰¹ assevera que:

Não se trata, é certo de uma proposta iconoclasta de desconstrução do Direito Civil, de um mergulho no niilismo, com uma diversidade caótica a repelir qualquer unidade. Esta pode persistir, não sendo mais, porém, caracterizada pelo engessamento da codificação, mas constituindo uma unidade principiológica, centrada na Constituição, com o respeito à complexidade e à dinâmica dos novos tempos. É, antes, o reconhecimento da necessidade de uma superação dialética do dogmatismo estrito, compreendendo-se que a ordem do sistema jurídico – com a satisfação das demandas sociais – depende da interlocução, não apenas entre seus elementos internos, mas, também, com o que extrapola os limites do estritamente jurídico.

Decorrencia disso é que não há mais uma delimitação precisa entre o público e o privado. Essa convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, como por exemplo, a utilização de instrumentos privados pelo Estado para intervir promocionalmente na ordem econômica; e de feições públicas conferidas aos institutos de direito privado¹⁰², como por exemplo, a função social da propriedade e do contrato e a ampliação da responsabilidade objetiva.

Diante dessas alterações, o Direito Público e o Direito Privado tiveram modificados os seus significados originários: o Direito Privado não é mais o âmbito da vontade individual; o Direito Público não mais se inspira na subordinação do cidadão¹⁰³. A distinção entre o público e o privado, segundo Maria Celina Bodin de

¹⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. Novos paradigmas do Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4-5.

¹⁰² A incidência da constitucionalização no tripé fundante do Direito Civil e da sociedade é analisada com maestria por Carmem Lúcia Silveira Ramos: “Nesta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e direito privado. Nesta direção, novos paradigmas da noção de família, de apropriação e de contrato foram consagrados através de disposições constitucionais, afetando o direito em geral e o direito privado em particular, resultado que são da circunstância de refletirem a concepção da vida da sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofrem, e, embora ainda mantenham, como princípio, um direito centrado no homem, contêm restrições e limites voltados para a preservação dos interesses coletivos, aos entes no sistema clássico do direito civil”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 105.

Moraes, passa a ser meramente “quantitativa”; posição esta que, defendendo a interpenetração¹⁰⁴ entre o Direito Público e o Direito Privado, é compartilhada por Gustavo Tepedino¹⁰⁵:

Por fim, o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo-se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos à lume com a sociedade tecnológica.

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação dos cidadãos nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores.

Na Constituição Federal de 1988, o antagonismo direito público-privado, como realidades herméticas e opostas, perdeu o sentido; sendo certo que os objetivos constitucionais colocaram a pessoa humana (valores existenciais) no vértice do ordenamento jurídico brasileiro e apresentaram uma nova tábua axiológica que fundamenta o direito civil¹⁰⁶.

¹⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 24.

¹⁰⁴ Nesse sentido, Gustavo Tepedino leciona que: “Em conclusão, pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a ‘despersonificar’ o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica”. TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 78.

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 19–20.

¹⁰⁶ “A interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto no ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a

Assim, uma vez ultrapassada a *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado, admite-se a incidência dos valores constitucionais na ordem civil, com prioridade à dignidade da pessoa humana¹⁰⁷.

Eis as grandes linhas do fenômeno intitulado constitucionalização do Direito Civil; que pode ser descrito da seguinte maneira, na linha apresentada por Gustavo Tepedino¹⁰⁸: “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do Direito civil à luz da nova Constituição. De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”.

Para se fundamentar a Constitucionalização do Direito Civil em bases sólidas, é preciso, inicialmente, ter em mente que a concepção dos preceitos constitucionais como “normas programáticas” impediu, por muito tempo, que a Constituição fosse aproveitada plenamente. Contudo, na contemporaneidade, esse desvio de perspectiva vem sendo reparado, uma vez que se compreende que as regras e princípios constitucionais possuem caráter normativo, conforme sustentado por Robert Alexy, e, ainda, que possuem aplicação imediata¹⁰⁹.

Nesta mesma linha da constitucionalização do Direito Civil, defendendo a força normativa dos preceitos constitucionais, relevante se faz a leitura da obra de Pietro Perlingieri, ao afirmar que: “as normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o

realização do programa constitucional. TEPEDINO, Gustavo. Por uma nova dogmática. **Temas de direito civil – tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 347.

¹⁰⁷ Sintetizando acerca do novo paradigma (constitucionalização do Direito Civil), Luiz Edson Fachin aponta que “O caminho a percorrer é retomada e decolagem, uma viagem pedagógica pelo saber jurídico informado pelas premissas críticas e pelos novos perfis do Direito Civil. Conjugando a virada copernicana que recoloca papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por meio da repersonalização, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado”. FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.) et. al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13.

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 27.

recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas”.¹¹⁰

Nesse sentido, em obra publicada posteriormente ao Código Civil de 2002, Maria Celina Bodin de Moraes¹¹¹ assevera que: “Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados os seus valores axiológicos”; e prossegue com a constatação de que “Sob este ponto de vista, o legislador de 2002, como se sabe, pouco se afastou da letra da lei do Código Civil de 1916”.

Assim, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que as normas constitucionais – dotadas de juridicidade e imperatividade – são as principais normas do sistema e se irradiam por todo o ordenamento. Trata-se da metodologia a ser adotada no Direito Civil brasileiro contemporâneo, como afirma Luiz Edson Fachin¹¹², dando um passo a mais: “Além da estrutura de seus institutos fundantes, como a propriedade, a posse, a família, o contrato e a responsabilidade civil, passando pelo filtro do caso concreto, o ordenamento jurídico de caráter civil-constitucional, no Brasil contemporâneo, não se cinge a seguir diretivas constitucionais como se ainda fossem meros conselhos, nem edifica uma nova *fattispecie* hermenêutica”.

Neste movimento de penetração das normas constitucionais por todo o corpo do ordenamento jurídico, percebe-se que o vínculo entre interpretação e concretização das normas constitucionais, uma vez que “A concretização da norma

¹¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 10 – 11. Na experiência brasileira, ver Gustavo Tepedino: “No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil”. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. TEPEDINO, Gustavo (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12.

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

¹¹² FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

pelo intérprete vai pressupor (sempre) uma compreensão desta; essa compreensão pressupõe uma pré-compreensão”¹¹³. É necessário ter ciência, por sua vez, de que a fundamentação da esfera de pré-compreensão é uma “tarefa da teoria constitucional”.

Deste modo, diante dos argumentos acima delineados, restam evidentes os alicerces que fundamentam a incidência da Constituição em todos os setores do ordenamento jurídico, e, deste modo, a chamada constitucionalização do Direito Civil.

Maria Celina Bodin de Moraes não cede e rebate as críticas dos que se opõem à constitucionalização. Para tal autora, essa nova metodologia não conduzirá à “hiperinterpretação” do texto constitucional; isso porque é a própria unidade do ordenamento que exige que se estenda o alcance dos valores constitucionais a toda legislação. Na defesa da constitucionalização do Direito Civil, demonstrando os equívocos dos que a ela tecem críticas, parte Gustavo Tepedino¹¹⁴:

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

As normas constitucionais passam a atuar, portanto, como princípios gerais a orientar todas as normas do sistema, e não apenas no sentido negativo de limite ao legislador ordinário. Logo, no Direito Civil contemporâneo, o operador jurídico deve voltar-se para a aplicação direta dos dispositivos constitucionais.

Em razão disso, o Direito Civil, antes voltado à tutela de valores patrimoniais e agora constitucionalizado, passa a tutelar valores existenciais¹¹⁵, como pode ser

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 211.

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 21.

¹¹⁵ Quanto aos valores existenciais, “A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais”. TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In. **Temas de direito civil – tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

verificado em questões, tais como, a função social da empresa e da propriedade. E, ainda, é imperioso verificar que “enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil, fundado na Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias”¹¹⁶.

Diante de tudo que restou exposto, conclui-se, em síntese, que as normas do Direito Civil devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição. Eis a transformação pela qual passa o Direito Civil, como demonstra Maria Celina Bodin de Moraes, apontando o novo perfil do Direito Civil na passagem da: “regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais; para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada”¹¹⁷.

Isso evidencia a passagem da lógica patrimonial para a lógica dos valores existenciais, uma vez que esses são privilegiados pela Constituição e se tornam prioritários em todo o ordenamento. Nessa travessia, tem-se uma verdadeira inversão de valores¹¹⁸ (no sentido benéfico), a qual se reflete, por exemplo, na disciplina do bem de família que tutela esses valores existenciais. E mais, “essa despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua

¹¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Direito Civil-Constitucional. In. **Uma Década de Constituição 1988 – 1998**. CAMARGO, Margarida (org.). p. 127.

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 28

¹¹⁸ Essa inversão de valores é captada pela pena de Luiz Edson Fachin: “Operou-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento. Faz-se imprescindível blindar esse texto constitucional. Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação”. FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça”¹¹⁹.

Avançando um pouco mais nesta seara, Gustavo Tepedino¹²⁰ demonstra que a “repersonalização” do Direito Civil não significa um retorno ao individualismo e ao voluntarismo da racionalidade oitocentista que inspirou, tanto o legislador de 1916, quanto o de 2002. Pelo contrário, como característica do Direito Civil constitucionalizado, a repersonalização está comprometida com um Direito Civil efetivamente transformado pelas normas constitucionais.

Contudo, mesmo ciente da verdadeira revolução, tanto no campo da hermenêutica quanto no plano pragmático, ocasionada pela perspectiva civil-constitucional, é preciso saber que aqui também existem problemas a ser enfrentados. Faz-se necessário, então, problematizar este fenômeno. A constitucionalização não é, obviamente, apenas uma alteração formal das fontes normativas que passaram do Código para a Constituição, ou seja, a “Constitucionalização do Direito Civil não é a ‘recodificação’ do Direito Civil no âmbito do texto constitucional, uma vez que se prende a um conjunto de premissas e de pretensões diversas”¹²¹.

Não se pode confundir, portanto, a norma que se extrai do texto positivado, no âmbito constitucional ou infraconstitucional, com positivismo jurídico. Não se pode criticar as normas constitucionais sob o argumento de que elas não passariam de meras disposições textuais que não fogem da lógica da subsunção presente na racionalidade clássica. Tal crítica apenas seria, no mínimo, aceitável se não se compreendesse a constitucionalização na sua dimensão prospectiva.

¹¹⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

¹²⁰ “O processo evolutivo acima enfocado, demarcado pela funcionalização, despatrimonialização e despenalização das relações de filiação, expressão de uma mutação axiológica que não escapou à percepção e à argúcia de alguns civilistas nacionais, não há de se confundir com o que poderia parecer um retorno ao individualismo. Neste, prevalecia a vontade individual, o voluntarismo, ao qual se curvava à tábua de valores do ordenamento. No sistema civil-constitucional, ao reverso, sobreleva a dignidade da pessoa humana, a cujo respeito irrestrito deve-se subordinar a vontade privada”. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 450 – 451.

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 291.

Em recente obra, Luiz Edson Fachin chama a atenção dos juristas para adverti-los da possibilidade de má compreensão do fenômeno da constitucionalização. Para tanto, o autor demonstra que a constitucionalização possui uma tríplice dimensão, qual seja:¹²²

Para tanto, tenha-se presente a tríplice dimensão da Constituição: formal (apreendendo as regras e princípios expressos no texto constitucional), substancial (apreendendo a Constituição efetivada pelos pronunciamentos da Corte Constitucional e pela incidência dos princípios implícitos que derivam dos princípios explícitos do texto constitucional) e a prospectiva, a qual se vincula a ação permanente e contínua, num sistema jurídico aberto, poroso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso jurídico normativo, doutrinário e jurisprudencial, especialmente no que concerne à tríplice base fundante do governo jurídico das relações sociais, isto é, propriedade, contrato e família.

Para que a idéia de constitucionalização não fique engessada, de modo a equivocadamente se compreender as normas constitucionais apenas como um dado positivado, o operador jurídico não pode ficar preso apenas às duas primeiras dimensões (formal e substancial). É preciso mais, muito mais. Faz-se necessário que seja compreendida e alcançada a última dimensão acima mencionada, a dimensão prospectiva do texto constitucional, que se reflete no tripé fundante do Direito Civil. A interpretação, e, conseqüentemente, a aplicação da Constituição, constituem movimentos contínuos, uma constante construção, que se refaz a cada dia.

Outra questão que se faz interessante problematizar é o fato de que, paradoxalmente, no auge das discussões em torno da constitucionalização do Direito Civil, entra em vigência o Código Civil de 2002 (Lei n 10.406/02), mesmo com inúmeras vozes que eram contrárias à promulgação do mesmo. O novo Código, por sua vez, manteve a racionalidade oitocentista do Código anterior¹²³, e não veio, assim, retomar a centralidade do sistema; que contemporaneamente é ocupado pela Constituição.

¹²² FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7.

¹²³ Em nota à segunda edição da obra *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Luiz Edson Fachin leciona que: “A atualização aqui promovida mantém incólume a espinha dorsal da tese, inclusive porque o Código Civil de 2002 reproduziu a estrutura, meios, funções e fins dos institutos examinados originariamente à luz do Código Civil de 1919”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15.

Por isso, torna-se evidente que todos os esforços de constitucionalização devem ser mantidos, incidindo tal perspectiva sobre o Código Civil de 2002, que deve ser “reconstitucionalizado” e lido à luz dos princípios constitucionais, ou seja, o “novo diploma legal não pode deixar de ser destinatário de uma hermenêutica crítica e construtiva, sem eclipsar a ilhargia constitucionalizada do Direito Civil brasileiro contemporâneo”¹²⁴. Isso porque, como adverte Luiz Edson Fachin: “Em verdade, uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, a luz de uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais”.¹²⁵

Há, ainda, uma crítica que se apresenta sob o nome de ductibilidade (flexibilidade) conceitual, ou seja, que alega que a constitucionalização deixaria um espaço de discricionariedade muito amplo ao intérprete. Essa crítica não merece prosperar, uma vez que a flexibilidade conceitual, inerente à natureza humana, é própria do método tópico e sistemático que não se satisfaz com fórmulas pronta e excludentes, mas que nem por isso se debanda para o campo da mera subjetividade. Há um núcleo conceitual, e este núcleo reside nos princípios e nos direitos

Assim, tais críticas, trazem o benefício de problematizar a noção de constitucionalização do Direito Privado (levando a compreensão da dimensão prospectiva da constitucionalização), mas elas, por sua vez, não são capazes de diminuir o valor da perspectiva civil-constitucional.

Para concluir e sintetizar tudo o que se tentou dizer nessa primeira parte, sobre a releitura dos institutos de Direito Civil sob o prisma da Constituição, mostra-se de grande valor o recurso à literatura¹²⁶. Gabriel Garcia Marquez, em apenas dois

¹²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.l.

¹²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4.

¹²⁶ A exploração das interconexões entre o Direito e a literatura, mesmo não sendo um recurso muito comum, não é fenômeno recente, fazendo-se presente em clássicos das letras jurídicas, como em “a Luta pelo Direito” de Rudolf Von Ihering. Resgatando este recurso e as inúmeras possibilidades que esta cumplicidade entre a arte e o Direito podem gerar, Vera Karam de Chueiri informa que “uma nova maneira de se pensar o direito e a justiça deve levar em conta a imaginação literária, sublinhando, justamente, a cumplicidade que há entre o direito, a filosofia e a literatura. A filosofia e a teoria do direito devem não só pressupor, mas estarem comprometidas com as tramas que estão na base das suas problematizações.” E prossegue: “(...) a prosa filosófica tradicional não é a única linguagem para as intrincadas questões que são enfrentadas na esfera da filosofia e da teoria do direito”. CHUEIRI, Vera Karam de. Shakespeare e o Direito. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: SER/UFPR, 2004. p. 59.

parágrafos, consegue formular uma imagem clara sobre esta travessia que se está a mencionar, que parte do Código e aporta no fenômeno da constitucionalização:

Com um pincel cheio de tinta, marcou cada coisa com o seu nome: mesa, cadeira, relógio, porta, parede, cama, panela. Foi ao curral e marcou os animais e as plantas: vaca, cabrito, porco, galinha, aipim, taioba, bananeira. Pouco a pouco, estudando as infinitas possibilidades do esquecimento, percebeu que podia chegar um dia em que se reconhecessem as coisas pelas suas inscrições, mas não se recordasse da sua utilidade. Então foi mais explícito. O letreiro que pendurou no cachaço da vaca era uma amostra exemplar da forma pela qual os habitantes de Macondo estavam dispostos a lutar contra o esquecimento: Esta é a vaca, tem-se que ordenhá-la todas as manhãs para que produza o leite e o leite é preciso ferver para misturá-lo com o café para fazer café com leite. Assim, continuaram vivendo numa realidade escorregadia, momentaneamente capturada por palavras, mas que haveria de fugir sem remédio quando esquecessem os valores da letra escrita. (...)

Abriu a mala entupida de objetos indecifráveis, e dentre eles tirou uma maleta com muitos frascos. Deu para beber a José Arcadio Buéndia uma substância de cor suave, e a luz se fez na sua memória. Seus olhos se umedeceram de pranto, antes de ver-se a si mesmo numa sala absurda onde os objetos estavam marcados, e antes de envergonhar-se das solenes bobagens escritas nas paredes, e ainda antes de reconhecer o recém-chegado numa deslumbrante explosão de alegria. Era Melquíades.¹²⁷

Essa passagem da obra *Cem Anos de Solidão*, de Gabriel García Marquez, mesmo que originariamente (é óbvio) não se refira ao “mundo jurídico”, serve para demonstrar, com imagens mais vivas, que o Direito deve ser informado pela realidade (não ficando preso a conceitos prévios) e também que pensar o Direito a partir da perspectiva constitucional (na tríplice dimensão da incidência da principiologia constitucional) é o caminho adequado para essa conexão do jurídico com o mundo concreto dos fatos.

Aqui a intenção não é a de interpretar ao texto literário, mas cabe a nota de que o primeiro parágrafo pode ser utilizado para retratar o modelo positivista que é informado pelo dogma da completude, ou seja, o povo de Macondo estava sofrendo da “doença da insônia”; já no segundo parágrafo, por sua vez, fica evidente a emancipação de José Arcandio Buéndia e do povo por meio da intervenção de Melquíades, sendo que a “constitucionalização do direito civil” pode ser comparada à chegada de Melquíades na cidade de Macondo.

¹²⁷ MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. trad. Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 48 – 50.

2.1 Família e relações de filiação na perspectiva civil-constitucional

A constitucionalização, compreendida na sua integralidade, e a repersonalização¹²⁸ do Direito Civil são sentidas com uma força descomunal na seara do Direito de Família, propiciando uma releitura de todas as normas e institutos deste ramo do Direito, setor este que alguns estudiosos denominam como aquele dotado de maior carga humana.

Assim, a partir da releitura dos institutos de Direito de Família pelo filtro das normas constitucionais, promove-se e percebe-se, em um movimento dialógico, a modificação substancial na compreensão e aplicação das normas relativas a tal campo de relações jurídicas. Ainda, tal releitura proporciona sejam jogadas luzes sobre realidades que eram relegadas à esfera do *não direito*, ao limbo, que deste modo adquirem relevância¹²⁹ e dignidade jurídica, como bem demonstra Maria Celina Bodin de Moraes:

Na realidade, somente a interpretação conforme a Constituição da República, na perspectiva do direito civil-constitucional, permitirá o pleno desenvolvimento daquele diploma legal, do ponto de vista da consagração de relações familiares, conjugais e parentais, ungidas pelos ideais democráticos constitucionalmente estabelecidos e pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.¹³⁰

¹²⁸ “A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, características do direito de família de corte liberal, não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada na nova Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 71.

¹²⁹ A respeito da exclusão que decorre da racionalidade positivista e da necessidade de se aproximar o Direito da realidade social, tema já tratado no início do trabalho e adotado como premissa do mesmo, manifestou-se Silvana Maria Carbonera, que ao tratar especificamente da guarda de filhos, afirmou que: “A técnica de conceituar, eficaz no racionalismo, por vezes revelou-se tirana. Enclausurar institutos em conceitos, com fins a propiciar certeza e segurança jurídica, pode provocar exclusão de aspectos pertinentes a inúmeros casos concretos. Mais eficaz parece ser examinar um tema sob variados aspectos, de forma que, a partir da análise, se torne viável formar uma ampla visão sobre o mesmo”. CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 42.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Coord.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 639.

Os dispositivos constitucionais que tratam da família revolucionaram o modo de se compreender tais relações. Evidentemente, as referidas normas constitucionais não surgiram do nada. Elas tiveram como pilares as alterações sociais e culturais que se deram no transcorrer do século XX, e que foram anteriormente mencionadas.

Assim, as normas constitucionais apresentam, por assim dizer, uma característica dúplice: são informadas pela realidade e, ao mesmo tempo, cumprem o papel de transformar esta mesma realidade, por mais paradoxal que possa parecer.

O eixo gira em torno, basicamente, dos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: art. 1º, inciso I; art. 5º, inciso I; art. 226 e parágrafos; art. 227; art. 229 e art. 230. Tendo, evidentemente, como centro unificador o macro-princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a revolução experimentada pelo Direito de Família brasileiro contemporâneo a partir da Constituição Federal de 1988 se dá a partir de três eixos básicos: “a igualdade entre homens e mulheres, as novas formas de filiação e, especialmente, as novas formas de constituir família”.¹³¹

As transformações, todavia, não se resumem às normas contidas naqueles enunciados. A partir da dimensão prospectiva da constitucionalização, faz-se possível observar novos horizontes, como o princípio implícito da afetividade, entre outros desdobramentos.

É deste modo que, partindo da perspectiva civil-constitucional das relações de sociais que se desenvolvem na seara das famílias, na dimensão acima apontada, Rodrigo da Cunha Pereira¹³² elenca os princípios fundamentais norteadores do Direito de Família brasileiro contemporâneo: i) dignidade humana; ii) monogamia; iii) melhor interesse da criança e do adolescente; iv) igualdade e respeito às diferenças; v) autonomia e menor intervenção estatal; vi) pluralidade de formas de família; vii) afetividade. Após apresentar os sete princípios essenciais para o Direito de Família,

¹³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: **A Família além dos Mitos**. BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 275.

¹³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Del Rey: Belo Horizonte, 2006. p. 36-37, 91-191.

o referido autor passa a analisar, em profundidade, as raízes, características e conseqüências práticas de cada um dos princípios em questão.

Com relação à pluralidade familiar, não se pode interpretar o texto constitucional de forma restritiva. A família plural encontra fundamento nos laços de afeto e no princípio da dignidade humana. Assim é que, para além da família matrimonializada, da união estável e das famílias monoparentais, existe uma infinidade de arranjos familiares, conforme expõe a melhor doutrina:

A Constituição do Brasil elenca várias formas de família, cujo rol não é *numerus clausus*. Prevê-se, exemplificativamente, três formas de constituição de família: união estável, casamento e famílias monoparentais. Mas há outras. A vida é mais rica que o texto da lei, e a maior prova disso é que quando nós pensamos, por exemplo, em dois irmãos vivendo juntos, ninguém duvida que aí esteja uma forma de família que, no entanto, não está prevista expressamente.¹³³

Luiz Edson Fachin, ao estudar profundamente o Direito de Família e a incidência da principiologia constitucional nas relações interprivadas, na dimensão prospectiva, apresenta, sem a pretensão de apresentar um rol taxativo, e mais voltado as relações de filiação, os cinco princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo¹³⁴: i) a dissociação do estado da filiação do estado civil dos pais¹³⁵; ii) o direito à paternidade como direito fundamental da criança e do adolescente; iii) a superação dos limites formais em matéria de prova da

¹³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In.: **A família além dos mitos**. BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 280.

¹³⁴ FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In.: **A Família além dos mitos**. BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 128-129.

¹³⁵ “São aí compreendidas novas tendências do direito de filiação no direito contemporâneo de família. Hoje se tem uma certa radiografia do modelo jurídico da filiação e da família, que apanha a ‘constitucionalização’ da filiação e a superação do sistema clássico da filiação originário do Código Civil brasileiro, e alcança o transcurso da Natureza à engenharia genética. Na esteira da ‘constitucionalização’ da filiação e do direito de família, isso considera a evolução que se deu do Código Civil brasileiro à Constituição Federal de 1988, e toma na categoria de norma os princípios constitucionais vinculantes da igualdade, da neutralidade e da inocência. Sendo conhecido o ‘desvaler’ que, sob a noção patriarcal, marcou o excludente universo codificado do direito da filiação, associando legitimidade e casamento e dando margem ao nascimento das filiações fictícias, esta análise não desconhece o legado do sistema clássico mas compreende o novo estatuto unitário da não discriminação dos filhos”. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57–58.

paternidade; iv) a pluralidade das formas de reconhecimento da filiação; v) o princípio da igualdade material¹³⁶ entre as diversas formas de filhos.

Nesta parte apenas desenha-se um panorama geral dos reflexos da constitucionalização do Direito Civil no campo da família e das relações entre pais e filhos. Um estudo mais aprofundado, particularmente no que diz respeito à paternidade, maternidade, filiação e poder familiar, será realizado na terceira e última parte deste trabalho. Este é o motivo pelo qual as considerações que aqui se realiza podem parecer superficiais.

Como restou mencionado, a disciplina jurídica das relações de filiação¹³⁷, renovada pela lente da Constituição, com todos os desdobramentos e conseqüências, será estudada na terceira e última parte deste trabalho.

¹³⁶ “O princípio da igualdade entre os filhos nascidos fora do casamento (‘ilegítimos’) e os nascidos no casamento (‘legítimos’) faz cessar qualquer possibilidade de serem os primeiros objeto de discriminação. Todavia, ao serem compreendidas no amplo conceito de família as relações matrimonializadas e as não matrimonializadas, mantém-se, por isso, sem que disso resulte ofensa ao princípio da igualdade, a distinção entre filhos matrimonias e filhos não matrimoniais”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 28.

¹³⁷ Apenas antecipando parcialmente o teor dos estudos que serão desenvolvidos na terceira parte do trabalho, tem-se que: “Em matéria de filiação, inaugura-se uma disciplina jurídica densa, elástica, profunda e ampla. Este foi um dos capítulos do parentesco mais afetados pela Constituição de 1988, que fez desaparecer a ligação entre casamento e legitimidade e assim também as antigas categorias de filhos”. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 225.

TÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Todas as questões que envolvem, direta ou indiretamente, o tema dos direitos fundamentais¹³⁸ são apaixonantes e complexas. Das palavras de Canotilho capta-se a advertência de que tráfegar por estes caminhos levará ao enfrentamento da “rica, vasta e difícil problemática dos direitos fundamentais”¹³⁹. Assim, ao começar, no âmbito deste trabalho, a mover-se neste universo multifacetário dos direitos fundamentais, cumpre estabelecer os limites do estudo que aqui se realiza. Ter-se-á em conta que os direitos fundamentais encontram suas raízes não no ar rarefeito das abstrações metafísicas, mas sim na realidade, na história. Por isso é que Norberto Bobbio afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.¹⁴⁰

Na linha da historicidade, se extrai a amplamente conhecida linha de “evolução” do reconhecimento histórico de tais direitos, na já tradicional distinção das gerações, sendo que os direitos fundamentais, na modernidade, surgiram a partir das lutas sociais contra o Absolutismo. Porém, o objetivo deste trabalho não é o de acompanhar a afirmação histórica dos direitos humanos, por meio da análise do surgimento de cada uma das gerações (ou melhor, das dimensões¹⁴¹) de direitos fundamentais¹⁴².

¹³⁸ Com o objetivo de conferir precisão aos conceitos, Ingo Wolfgang Sarlet traça a distinção entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais afirmando que: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional”. Em que pese o conhecimento de tal distinção utilizar-se-á, no âmbito da presente dissertação, os referidos termos como sinônimos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: RT; 2ª. ed. Portugal: Coimbra, 2008. p. 5.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 16ª tirag. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

¹⁴¹ A explicação da opção do termo “dimensões” em substituição à nomenclatura “gerações”, em razão da idéia de complementariedade que a palavra “dimensão” retrata, é feita com clareza por

Deste modo, ultrapassada a questão supracitada das dimensões, tem-se que uma das primeiras indagações que se deve fazer, na tentativa de compreender o amplo universo dos direitos fundamentais, diz respeito à natureza de tais direitos. Neste ponto entram em cena os dois sentidos pelos quais é possível analisar os direitos fundamentais: i) o sentido formal; ii) o sentido material.

Pelo prisma formal, os direitos fundamentais encontrariam o seu amparo apenas na Constituição, mais especificamente, no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, ou seja, a fundamentalidade de tais direitos estaria vinculada a inserção deles na Constituição.

Já na perspectiva material, os direitos fundamentais receberiam tal “qualificação” não pelo fato de estarem dispostos na Constituição ou em um determinado título desta; o que define um direito fundamental, no prisma material, é exatamente a sua essência e consiste no fato de que eles “repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, quando se diz que possuem uma fundamentalidade material”.¹⁴³

A distinção entre fundamentalidade formal e material, que acima procurou-se realizar de modo breve, é feita com maior aprofundamento por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴⁴, com base na doutrina de Robert Alexy.

Ingo Wolfgang Sarlet: “Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, que defenda a existência de uma quarta geração e até mesmo de uma quinta e sexta geração. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52.

¹⁴² Para tal intento, ou seja, para o estudo das mutações históricas por que passaram os direitos fundamentais, ver: COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 16ª tirag. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 67.

¹⁴⁴ Canotilho inicia a referida distinção afirmando que: “A **fundamentalidade formal**, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos

Diante de tais considerações, tem-se que na contemporaneidade não seria razoável se satisfazer, apenas, com a concepção meramente formal de direitos fundamentais. É preciso algo mais, fazendo-se necessário compreender os direitos fundamentais também na sua fundamentalidade material. Eis a posição que se adota no âmbito deste trabalho.

Para reforçar a ponto de vista aqui adotado, tem-se que a aceitação da idéia de uma fundamentalidade material dos direitos fundamentais encontra fundamento no próprio art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.¹⁴⁵

Na seara das relações existenciais, principalmente após o movimento de repersonalização do Direito Civil advindo como consequência da sua constitucionalização, os direitos da personalidade adquirem relevância. Contudo, necessário se faz buscar a distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Em que pese a existência de elementos comuns a essas duas esferas de direitos, chegando-se quase a uma coincidência entre as duas noções, elas efetivamente não se confundem. Conforme o ensinamento de Canotilho, grande parte dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas a recíproca não é verdadeira. Para justificar tal diferenciação, o referido autor procede uma

procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288.º/d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais". Prossegue o autor ao discorrer que: "A ideia de **fundamentalidade material** insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.º/1.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*. Preferimos chamar-lhe <norma com *fattispecie* aberta> (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379-380.

¹⁴⁵ CF/88. Art. 5º, §2º. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

detalhada análise dos direitos da personalidade, em que pese apontar para a aproximação conceitual entre as duas noções:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como <direito à pessoa ser e à pessoa devir>, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direito de personalidade e vice-versa.¹⁴⁶

Os direitos da personalidade¹⁴⁷ estão voltados à tutela dos aspectos existenciais do ser humanos, ou seja, dos interesses que fogem do viés meramente patrimonialista. A ponte entre tais direitos e os direitos fundamentais é construída por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, como bem demonstra José Antônio Peres Gediel, ao afirmar que tal princípio constitui-se o elemento “de aproximação teórica entre os direitos da personalidade e os direitos do homem, ou direitos fundamentais, buscada em sua origem e seus pressupostos comuns”¹⁴⁸.

Após estas considerações preliminares, muda-se o foco da pesquisa. Nas próximas seções partir-se-á para o estudo da questão da efetividade dos direitos fundamentais e, posteriormente, para uma análise aprofundada dos direitos

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

¹⁴⁷ “Os direitos da personalidade tentam responder à exigência de adequada tutela jurídica às projeções essenciais do homem em sociedade e são produto de um longo percurso da jurisprudência e da doutrina civilistas iniciado ainda no século XX. O Novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em janeiro de 2003, é resultante desse processo cultural e, ao apresentar onze artigos sobre os direitos da personalidade, também passa a servir de marco normativo para sustentar a defesa desses direitos elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988. A fundamentalidade dos direitos da personalidade, no entanto, não decorre apenas da sua previsão constitucional, mas advém, sobretudo, da indissociabilidade entre os bens tutelados e o sujeito titular ou ocupante de determinada posição jurídica”. GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151.

¹⁴⁸ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 64.

fundamentais da criança e do adolescente, da condição destes como sujeitos de direitos e a da busca pela concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1 CAPÍTULO I – Efetividade dos direitos fundamentais

A eficácia social (efetividade) dos direitos fundamentais é um tema que tem sido objeto de análises profundas pela doutrina e por parte dos operadores dos sistemas de garantias dos direitos humanos, tanto na seara interna quanto no âmbito internacional. Tal interesse na efetividade decorre do fato de que, a partir da observação da realidade, percebe-se que os direitos humanos constituem “mais esperança que realidade para a maior parte dos seres humanos”¹⁴⁹.

Esta distinção entre eficácia jurídica e efetividade (eficácia social), e a necessidade das duas figuras caminharem juntas, já restou muito bem assinalada por Luís Roberto Barroso:

Pois é precisamente esse tema que ficou em aberto que se vai aqui desenvolver. Não mais a eficácia jurídica, como possibilidade de aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para a sua real aplicação, para sua efetividade.¹⁵⁰

Na mesma linha da lógica da efetividade das normas constitucionais, tem-se que naquelas ocasiões em que os direitos fundamentais (sem descuidar do fato de que existem direitos fundamentais fora do catálogo constitucional) não são efetivados espontaneamente pelos atores sociais ou pelo Estado, cabe ao Poder Judiciário, mediante a provocação dos legitimados, realizar a efetivação de tais direitos; conforme bem expõe Luís Roberto Barroso¹⁵¹:

Nessa conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos resultam para seus beneficiários – os titulares dos direitos – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer a órgão do

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 26.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 78.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 228.

Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados.¹⁵²

Nesta atividade, de efetivação das normas constitucionais e de concretização dos direitos fundamentais, desempenhada pelo Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos (tanto o concentrado quanto o difuso) adquire especial relevância. No âmbito da jurisdição constitucional duas linhas mestras podem ser observadas: i) a primeira caracterizada pelo ativismo judicial; ii) e a segunda, expressa na idéia de autocontenção.

O ativismo judicial¹⁵³ busca um Judiciário comprometido com uma postura ativa e enérgica em favor da proteção e efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, atribuindo ao juiz não apenas poder de interpretar cláusulas abertas e princípios abstratos, mas em descobrir o alcance da Constituição e realizar a interpretação da legislação infraconstitucional sempre por meio do filtro constitucional; diminuindo assim a distância entre as esferas jurídica, política e moral.

Nesta perspectiva, o Judiciário deverá estar vinculado às diretrizes materiais da Constituição, voltado para a plena realização de tais comandos, e não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal¹⁵⁴.

Tal atitude ativista¹⁵⁵ pode levar, até mesmo, ao controle judicial de políticas públicas¹⁵⁶, como demonstra Andreas J. Krell ao afirmar que “podemos observar que

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 228.

¹⁵³ De acordo com Ronald Dworkin “El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente ‘vagas’ con el ánimo que he descrito, a pesar del tipo de razones concurrentes que mencione. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el Presidente”. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989. p. 217.

¹⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In. **Democracia e Justiça**: o Poder Judiciário na construção do Estado de Direito (Anais), Porto Alegre: TJRS, 1998. p. 237.

¹⁵⁵ Ao analisar o ativismo, ciente dos limites que são necessários impor à esta postura, Sérgio Fernando Moro explana que “Não se tem a ilusão de que a jurisdição constitucional logrará, sozinha, concretizar os ideais da Constituição democrática de 1988, o que nem sequer é desejável. O Direito tem limites e a concretização dos ideais constitucionais por imposição estatal não é factível. Isso, contudo, não é desculpa para omissão. Decisões judiciais comprometidas com aqueles ideais representarão avanço. Poderão também estimular ações equivalentes por parte dos demais poderes constituídos ou cobranças neste sentido por parte da população. Aliás, as

a antiga resistência do Poder Judiciário brasileiro a assumir um papel no processo de judicialização da política vem perdendo força, sendo que muitos juízes já vêm ‘abandonando, progressivamente, o cânon que lhe vinha de décadas de positivismo jurídico kelseniano’, para finalmente assumir a sua função importante na realização na própria justiça social”¹⁵⁷.

Já a autocontenção¹⁵⁸, também denominada como “auto-restrição judicial”¹⁵⁹ (*judicial self-restraint*), prega que ao Poder Judiciário cabe uma atitude de deferência

instituições majoritárias pecam mais pelo que deixam de fazer do que pelo que fazem. A jurisdição constitucional pode exercer relevante papel no rompimento de inércias incompatíveis com o ideal democrático” MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 316.

¹⁵⁶ Tendo por tema central a educação infantil como direito fundamental e a omissão estatal na concretização de tal direito, recente acórdão do Supremo Tribunal Federal remete à possibilidade do Judiciário determinar a implementação de políticas públicas aos órgãos estatais inadimplentes, salientando que tal interferência do Judiciário no âmbito de atuação do Executivo não implica em desrespeito ao princípio da separação dos Poderes: “(...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. (STF. RE-Agr 410.715/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03.02.2006).

Ainda, em outra decisão, proferida em 8 de julho de 2008, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, não acolhendo os argumentos da “reserva do possível” e da violação do princípio da separação dos poderes, entendeu ser possível o controle judicial de políticas públicas, ao manter a liminar que determinou que o Estado do Tocantins implante na cidade de Araguaína, no prazo de doze meses, unidade especializada para cumprimento de medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores; e ainda proibiu o Estado do Tocantins, sob pena de multa diária, de abrigar adolescentes infratores em outra unidade que não seja uma unidade especializada, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (STF. SL 235/TO. Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes. DJ 04.08.2008).

¹⁵⁷ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58 – 59.

¹⁵⁸ Na mesma linha de Clémerson Merlin Cléve, Sérgio Fernando Moro afirma que a “autocontenção não se confunde com conservadorismo, pois não implica deferência para com o *status quo*, nem se confunde com a abdicação do controle de constitucionalidade”. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 314.

¹⁵⁹ Para Ronald Dworkin, a autocontenção judicial pode ser definida da seguinte maneira: “El programa de restricción judicial, por el contrario, sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan e tal medida la moralidad política que violarian las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario”. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989. p. 217.

às decisões/atos dos demais poderes. Para tanto, são utilizadas técnicas minimalistas de decisão para evitar a apreciação do mérito em controvérsias constitucionais¹⁶⁰.

Contudo, é preciso cautela para não incidir no equívoco de associar, automaticamente, autocontenção com posição conservadora, e, ativismo, com posição progressista. Trata-se de uma visão reducionista que não condiz com a realidade, como bem demonstra Clémerson Merlin Clève¹⁶¹:

Há no Brasil uma idéia, muitas vezes equivocada, de que o ativismo judicial implica uma posição progressista e a autocontenção judicial uma posição conservadora. Na história da Suprema Corte norte-americana, podem-se identificar períodos de autocontenção judicial que originaram um avanço do Estado de bem-estar social, como aconteceu, por exemplo, no contexto do período Roosevelt, em que a Suprema Corte, em função de uma renovada interpretação da Constituição, superou a era Lockner. Em outros momentos o ativismo judicial¹⁶² foi de alguma maneira fundamental para a defesa dos direitos civis.

Em uma sociedade complexa e pluralista como a brasileira, em que “diversos tempos históricos” coexistem em um mesmo momento (alguns usufruem da pós-modernidade, enquanto que para grande parte da população as promessas da modernidade não foram cumpridas) não cabe fazer a opção pelo ativismo ou pela autocontenção. A resposta para tal dilema pode estar em se saber em que circunstâncias o Judiciário deve ser ativista e em que circunstâncias ele deve pregar a autocontenção. Trata-se, portanto, de construir uma teoria complexa, na qual a jurisdição constitucional deve alternar, não arbitrariamente, entre o ativismo e a autocontenção¹⁶³.

¹⁶⁰ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 216.

¹⁶¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e tributação**. Texto resultante de gravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba. Disponível em: <http://www.clevedadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>. Acesso em 27 de julho de 2007. p. 10.

¹⁶² Com relação ao ativismo judicial nos Estados Unidos, pode ser citada a “Corte de Warren”. Tal expressão designa o período em que a Suprema Corte norte-americana foi presidida por Earl Warren (1953-1969) e no qual foi adotado um enfoque ativo na proteção dos direitos fundamentais. A decisão paradigma deste período foi proferida no caso *Brown v. Board of Education*, na qual a Suprema Corte declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas.

¹⁶³ Por esta mesma trilha de uma teoria mista enveredam os seguintes doutrinadores: Roberto Gargarella, Carlos Santiago Nino e Sérgio Fernando Moro.

Os estudos formulados por Roberto Gargarella, discípulo de Carlos Santiago Nino¹⁶⁴, são de grande utilidade para a construção da teoria complexa proposta. Para este constitucionalista¹⁶⁵ o sistema jurídico deve estar organizado em duas atividades principais quando se trata do controle judicial das leis: (i) na primeira, ao Judiciário cabe a função de assegurar as condições ao debate democrático. Tal função pode ser desempenhada por meio de diversos expedientes - rejeitando a doutrina das “questões políticas” de modo a permitir o controle de constitucionalidade em tais áreas; defendendo os direitos básicos de reunião, associação e liberdade de imprensa, os quais configuram a gênese das idéias importantes que propiciam o debate público; adotando uma postura ativista na proteção/integração das minorias do sistema político, de modo a não desvirtuar a democracia (ii) na segunda, o Judiciário é incumbido de assegurar a inviolabilidade da moral privada dos indivíduos.

Os fundamentos do controle de constitucionalidade proposto por Gargarella, nesta perspectiva mista, que mescla ativismo com autocontenção, são os seguintes: a) autonomia do indivíduo quanto à moral privada; b) nas questões de moral pública a “última” palavra tem que surgir de um adequado processo de reflexão/debate coletivo, que assegure a maior imparcialidade; c) a discussão pública é importante para alcançar o ideal de imparcialidade; d) a certeza de que o atual sistema não favorece a discussão coletiva; e) a intuição de que é importante contar com um instrumento de controle das decisões coletivas, que, por sua vez, não tenha a

¹⁶⁴ Com o objetivo de conciliar o que chama dos três elementos do constitucionalismo - a constituição histórica, a constituição dos direitos e a constituição do poder (democracia); Carlos Santiago Nino admite o controle judicial de constitucionalidade em três hipóteses: (i) a primeira hipótese que autorizaria o controle judicial de constitucionalidade diz respeito às condições necessárias ao bom funcionamento do processo democrático (ampla participação na discussão de todos aqueles potencialmente afetados pela decisão, liberdade de expressão, igualdade de condições,). Quando tais condições são ameaçadas é possível que o judiciário intervenha para preservar esta condições que conferem ao processo democrático o seu valor epistemológico (teoria procedimental do controle de constitucionalidade). (ii) o controle também é possível quando se trata de defender a autonomia pessoal. As leis não podem afetar a moralidade privada (auto-referente e pessoal), pois tais ideais privados não são estabelecidos pelas deliberações coletivas imparciais e sim, apenas, pela reflexão individual. Assim, se alguma lei sancionada democraticamente afeta a moral privada, ela deve ser declarada inconstitucional. (iii) a terceira hipótese, que permite o controle de constitucionalidade, visa garantir a eficácia das decisões democráticas, para colocar em vigor as constituições ideais de direitos e de poder. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 273 – 282.

¹⁶⁵ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicla. Barcelona: Ariel, 1996. p. 263-264.

“última palavra”; f) a convicção que tanto o mecanismo de produção das leis quanto o mecanismo de controle das mesmas está sujeito a falhas¹⁶⁶.

Nitidamente inspirado por esta construção de Gargarrela, Sérgio Fernando Moro traz esta mesma postura para o ordenamento jurídico brasileiro, adequando-a à nossa realidade, sugerindo assim uma alternância entre a autocontenção e o ativismo, de acordo com alguns critérios.

A postura de autocontenção deve ser adotada, segundo Sérgio Fernando Moro, “sempre que não for superado o limite da ‘reserva de consistência’, ou seja, sempre que o juiz constitucional não tiver argumentos suficientes para demonstrar que é consistente sua interferência na política”¹⁶⁷.

Com relação à postura ativista, para que ela não seja taxada de antidemocrática, deverão ser adotados alguns critérios que limitam a sua utilização, estabelecendo em quais casos ela pode ser utilizada. Segundo Moro estes critérios seriam¹⁶⁸:

Sem a pretensão de ser exaustivo, sugere-se a adoção de postura ativa nos seguintes casos: a) para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especialmente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha.

O mérito destas teorias mistas reside, exatamente, no estabelecimento de limites ao ativismo judicial (ativismo limitado), de modo que a jurisdição constitucional possa ser compatível com a democracia¹⁶⁹. Abrindo-se espaço, assim,

¹⁶⁶ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996. p. 262-263.

¹⁶⁷ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 314.

¹⁶⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 315.

¹⁶⁹ Sobre a íntima conexão entre os temas da democracia e dos direitos humanos, Norberto Bobbio em passagem clássica afirma que: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. BOBBIO, Norberto.

para que a efetivação dos direitos fundamentais realize-se por meio da abertura do ordenamento jurídico para a realidade, através da aplicação e interpretação jurisdicional dos princípios constitucionais.

1.1 Efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

No âmbito deste trabalho parte-se de um pressuposto que, no Direito brasileiro da contemporaneidade, é concebido como inquestionável: os direitos fundamentais incidem nas relações entre interprivadas (vinculando os particulares aos direitos fundamentais) e tal incidência apresenta-se multifacetada, ou seja, ocorrer tanto de modo mediato quanto de modo imediato. Assim, ao tomar-se a eficácia horizontal como premissa, e pelo fato de existirem inúmeros estudos doutrinários¹⁷⁰ sobre o tema (infinitamente melhores que qualquer exposição que ter-se-ia a pretensão de realizar neste trabalho), tenta-se justificar o não aprofundamento, neste trabalho, nas raízes e nos debates inerentes à referida questão.

Trata-se de assunto já exaustivamente tratado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência (nacional e estrangeira), a ponto de não mais se defender a não incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (incidência que se dava, originariamente, apenas nas relações Estado/cidadão).

A Era dos Direitos. 16ª tirag. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1.

¹⁷⁰ Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, consultem-se as seguintes obras: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A Constituição Concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. UBILLOS, José María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2ª ed. rev. ampl. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2ª ed. rev. ampl. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

Em síntese, tem-se que a noção de direitos fundamentais, originada na modernidade, se dá a partir das garantias de liberdades dos indivíduos frente ao Estado (eficácia vertical), nas lutas contra o Estado absolutista. Porém, rompidas as cercas embandeiradas que separavam o público do privado, os direitos fundamentais extrapolam da esfera reduzida de relações apenas entre Estado e indivíduos; fazendo com que a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se demonstre imperativa, não sendo possível negá-la.

Quanto ao modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, debate-se entre a aplicabilidade mediata/indireta (a incidência dos direitos fundamentais dependeria da intermediação do legislador ou, ainda, do Poder Judiciário) e aplicabilidade imediata/direta (a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais acontece automaticamente).

Alertando para o equívoco de não se aceitar a incidência direta, Luiz Guilherme Marinoni afirma que compreender apenas pela aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais seria um reducionismo, uma vez que “esse raciocínio dá valor à decisão judicial, esquecendo-se da importância do direito fundamental na regulação da vida social. Ou seja, não pensa o direito fundamental como algo voltado a regular imediatamente as relações entre os particulares”¹⁷¹.

Neste ponto, sem optar (de modo excludente) por um ou outro dos modos de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹⁷², Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini, propõem, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, que se articulem “modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas” por meio da sua “coexistência harmônica”¹⁷³.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. v. 1. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 81.

¹⁷² Os aspectos terminológicos da vinculação dos particulares são colocados em evidência por Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini. Colocam o termo alemão *Drittwirkung* (eficácia perante terceiros), bem como a expressão *eficácia horizontal*, em perspectiva crítica. Mencionam outros termos normalmente utilizados: *eficácia privada* e *eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito privado*; e concluem pela utilização da expressão *eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares* como a melhor alternativa. FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: **Diálogos sobre Direito Civil**. Vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 201-202.

¹⁷³ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In:

Deste modo, partido dos pressupostos supramencionados, em com amparo no pensamento de Juan María Bilbao Ubillos, os referidos autores defendem a compatibilidade e a dimensão complementar entre os modos de incidência (aplicabilidade) dos direitos fundamentais.

No que diz respeito às relações paterno-filiais¹⁷⁴, a vinculação dos pais aos direitos fundamentais dos filhos (crianças e adolescentes) constitui-se o elemento nuclear do conteúdo e do exercício do poder familiar na contemporaneidade. Em conformidade com o que será visto e detalhado em capítulo próprio, posteriormente, o conteúdo do poder familiar¹⁷⁵ é informado pelos direitos fundamentais dos filhos (crianças e adolescentes) previstos primordialmente nos arts. 227, *caput*, e 229 da Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, vislumbra-se o poder familiar como um elemento condicionado substancialmente aos direitos fundamentais dos filhos; mas sem perder de vista que nestas relações os pais não detêm apenas deveres, mas também são titulares de direitos subjetivos. Contudo, este assunto será analisado na terceira parte deste trabalho, na abordagem mais detalhada e completa do poder familiar.

Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

¹⁷⁴ Necessário se faz destacar que as relações entre pais e filhos, que se desenvolvem entre particulares, podem ser vislumbradas sob a ótica do que se convencionou chamar de situações de poderes privados: situações em que o ponto dominante é a relação de desigualdade entre as parte. Nestas situações a incidência dos direitos fundamentais se dá em similitude com a que ocorre nas relações Estado/Cidadão, sem contudo descaracterizar o fato de são relações que se dão na esfera privada. Neste sentido, amparados na doutrina de Canotilho, Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini esclarecem que: “a proteção dos direitos fundamentais deverá, nessas hipóteses, atuar em grau máximo, não apenas como direito subjetivo, mas na sua feição de proteção objetiva. Verificada a situação de desigualdade entre as partes, os direitos fundamentais cumprem uma função objetiva de proteção, como valores da ordem jurídica como um todo”. FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematicando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: **Diálogos sobre Direito Civil.** Vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 211.

¹⁷⁵ A vinculação entre poder familiar e direitos fundamentais é revelada por Maria Clara Sottomayor: “O interesse do menor, como vimos, é um conceito indeterminado e que deve ser concretizado pelo juiz de acordo com as orientações legais sobre o conteúdo do poder familiar”. SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio.** Coimbra: Almedina, 2008. p. 42.

2 CAPÍTULO II – Reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente

As crianças e os adolescentes, como qualquer ser humano, são titulares dos direitos fundamentais previstos no título II da Constituição Federal de 1988. Não obstante tal fato, o art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹⁷⁶ traz, em um rol não taxativo, os direitos fundamentais da população infanto-juvenil¹⁷⁷, com especial destaque aos princípios da prioridade absoluta (visto também tal princípio como um direito fundamental) e do melhor interesse da criança e do adolescente, princípios estes que exercem a função de alavanca da Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

O reconhecimento de tais direitos fundamentais, que também se encontram positivados no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90¹⁷⁸, já vinha sendo realizado, há muitos anos, no âmbito do Direito Internacional.

¹⁷⁶ CF 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁷⁷ A respeito da previsão detalhada dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, Tânia da Silva Pereira esclarece que: “Se a história constitucional brasileira pode se vangloriar da presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição de 88, além de enumerá-los, exaustivamente, no art. 5º, introduz na Doutrina Constitucional a declaração especial dos Direitos Fundamentais da Infância-Adolescência, proclamando a ‘Doutrina Jurídica da Proteção Integral’ e consagrando os direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos”. Prossegue a autora afirmando que: “O art. 227, CF é reconhecido na comunidade internacional como a síntese da Convenção da ONU de 1989, ao declarar os direitos especiais da criança e do adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado: direito à vida, à alimentação, ao esporte e lazer, à profissionalização e à proteção ao trabalho, à cultura e educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19-20.

¹⁷⁸ Assim pode-se recolher do disposto no título II (Dos Direitos Fundamentais) do Livro I (Parte Geral) da Lei 8.069/90 uma lista (não exaustiva) de direitos fundamentais da criança e do adolescente: capítulo I – Do direito à vida e à saúde; capítulo II – Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; capítulo III – Do direito à convivência familiar e comunitária; capítulo IV – Do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; capítulo V – Do direito à profissionalização e à proteção no trabalho. Tais direitos foram previamente dispostos nos artigos 3º e 4º do mesmo Estatuto: Art. 3º. “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. E: do Art. 4º. “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder

Inicialmente tem-se que, mesmo antes da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, foi adotada pela Liga das Nações, em 26 de setembro de 1924, em Genebra, a Declaração dos Direitos da Criança¹⁷⁹. A Declaração de Genebra, na verdade, valeu-se da Declaração escrita pela inglesa Eglantyne Jebb em 1º de Janeiro de 1923, e que foi inicialmente adotada pela *International Save the Children International Union*. Tal Declaração, no teor dos seus cinco princípios essenciais¹⁸⁰, foi pioneira em determinar a necessidade de se proporcionar à criança uma proteção especial.

O que motivou Eglantyne Jebb a fundar a organização não-governamental Save the Children, em 1919, e também a escrever o teor da Declaração em 1923 (Declaração que restou adotada pela Liga das Nações em 1924), foi a constatação dos horrores na ocasionados durante e depois da I Guerra Mundial, e de seus perversos efeitos principalmente sobre as crianças.

Em data posterior, mais precisamente no ano de 1959, foi aprovada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos da Criança, sendo que a Declaração de 1924 foi a sua base.

Ainda, sem desconhecer a atenção que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica – ofereceu à infância

Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

¹⁷⁹ MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 51.

¹⁸⁰ O texto original da Declaração de Genebra assim dispõe: “Formulated by the Save the Children International Union, Geneva, 1923, and adopted by the Fifth Assembly of the League of Nations, 1924.

By the present declaration of the Rights of the Child, commonly known as the declaration of Geneva, men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that beyond and above all considerations of race, nationality or creed:

(i) THE CHILD must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually.

(ii) THE CHILD that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and waif must be sheltered and succoured.

(iii) THE CHILD must be the first to receive relief in times of distress.

(iv) THE CHILD must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation.

(v) THE CHILD must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of its fellow-men.”

no seu art. 19¹⁸¹, e também sem deixar à margem os demais instrumentos internacionais¹⁸² destinados à infância e à juventude, tem-se que o ponto máximo da proteção internacional dos direitos das crianças veio a ocorrer em 20 de novembro de 1989¹⁸³, com a assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

A referida Convenção, marco histórico da proteção dos direitos da infância e da juventude, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 1990, primeiro com a sua ratificação por meio do Decreto Legislativo nº 28/90, e posteriormente com a sua promulgação por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro do referido ano.

É preciso frisar que até a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, ainda não vigorava formalmente no ordenamento Jurídico Brasileiro a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, que só veio a ter suas linhas fundamentais traçadas, no âmbito interno, no art. 227, *caput*, conforme já restou mencionado.

Apesar das Declarações de 1924 e de 1959, como estandartes da Doutrina da Proteção Integral, “não representarem obrigações para os Estados. Refletindo uma afirmação de caráter meramente moral, não encerrando obrigações

¹⁸¹ Pacto de San Jose da Costa Rica. “Art. 19. Toda criança tem direito à medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

¹⁸² Discorrendo sobre a proteção internacional dos direitos da criança, após tratarem das Declarações e Convenções acima declinadas, Munir Cury e Antônio Fernando do Amaral e Silva dispõem que em conjunto com aqueles documentos internacionais têm-se: “Ainda mais recentemente, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Res. 40/33 da Assembléia-Geral, de 29.11.85); as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad (Assembléia-Geral da ONU, novembro/90); bem como As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Assembléia-Geral da ONU, novembro/90), lançaram as bases para a formulação de um novo ordenamento no campo do Direito e da Justiça, possível para todos os países, em quaisquer condições em que se encontrem, cuja característica fundamental é a nobreza e a dignidade do ser humano criança”. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; CURY, Munir. Comentários ao art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. Coord.: CURY, Munir. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 16.

¹⁸³ No sétimo princípio da Declaração de Direitos da Criança de 1959 e também o art. 3º, inciso I, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, está retratado o princípio do melhor interesse da criança (Best Interest). De acordo com Alberto Vellozo Machado: “A missão fundamental da Convenção está em sua primeira parte, especificamente no artigo 3.º. que trata do ‘interesse superior da criança’, princípio alavancador da doutrina da proteção integral, indicativa de que as necessidades essenciais da criança deverão ser satisfeitas e que esta possui um lugar relevante na família e na sociedade, o qual deve ser respeitado”. A Convenção, ao contrário do que restou posteriormente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, não faz a distinção entre criança e adolescente. MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 59.

específicas”, é certo que elas serviram de alicerce para a elaboração do teor do art. 227 da Constituição Federal.

Percebe-se, assim, que a Doutrina da Proteção Integral, presente no âmbito dos documentos jurídicos internacionais desde 1924, veio a ter a sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro com muito atraso, apenas em 1988. Posteriormente, a internalização da Doutrina da Proteção Integral foi reforçada por meio das ratificações da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, em 1990, e da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em 1992.

Deste modo, enquanto que no âmbito do Direito Internacional a Doutrina da Proteção Integral já era uma realidade desde 1924, na prática jurídica brasileira ainda era outra a corrente doutrinária relativa à proteção da infância e da juventude. No arco temporal que parte da modernidade e aporta na contemporaneidade, a mentalidade quanto às formas de tratar e proteger a infância alterou-se significativamente, mesmo que no Brasil a incorporação da Doutrina da Proteção Integral tenha sido mais lenta.

Assim é que, no Brasil, no transcorrer do século XX, puderam ser observadas três correntes doutrinárias¹⁸⁴ sobre a proteção da Infância: a) Doutrina do Direito Penal do menor; b) Doutrina da Situação Irregular; c) Doutrina da Proteção Integral.

Em apertada síntese procurar-se-á traçar os pontos cardeais destas três Doutrinas, vinculando cada uma delas, no Brasil, a um determinado marco legislativo.

A Doutrina do Direito Penal do Menor está ligada ao Código Penal de 1890, o qual adotava a teoria do discernimento, ou seja, caberia ao Juiz analisar se o menor possuía ou não capacidade de compreender o caráter ilícito da sua conduta, para deste modo ser punido ou não do mesmo modo que o adulto. A análise da situação da juventude fazia-se pelo prisma unicamente penal, contribuindo para a situação a pouca importância que o Código Civil de 1916 fornecia à proteção da juventude. Com o advento do Código de Menores de 1927, também conhecido como Código “Mello Mattos”, mesmo havendo o abandono da teoria do discernimento,

¹⁸⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

manteve-se uma mentalidade “tendencialmente penal e direcionada, especialmente, a abandonados e delinqüentes”¹⁸⁵.

Por meio de tal doutrina a criança e o adolescente não eram vistos como sujeitos de direitos, mas como um problema a ser “resolvido” quase que exclusivamente na seara criminal.

Durante a Ditadura Militar, embasado na ideologia que a criança carente, abandonada e/ou delinqüente é uma ameaça social, surge o Código de Menores de 1979, o qual reflete os ditames da Doutrina da Situação Irregular. Tal corrente doutrinária não vislumbra a criança como sujeito de direito, esse não é o foco do Código de Menores de 1979. O objetivo ali delineado é o de proteger a sociedade e os adultos dos “menores”.

A Doutrina da Situação Irregular divide a juventude em dois setores¹⁸⁶: i) as crianças e jovens que têm as suas necessidades atendidas; ii) aquelas que são privadas das condições econômicas e sociais que garantam uma existência digna, e que por isso estariam em situação irregular. Apenas para esta segunda categoria, para os flagelados, estaria voltado o Código de Menores; o que demonstra que efetivamente o referido Código não se dirigia à prevenção e ao combate das causas que levam ao abandono, carência e delinqüência.

Um dos efeitos da doutrina em questão foi a ocorrência de um grande número de internações de “menores” em situação irregular nas instituições governamentais que tinha o objetivo, pelo menos declarado, de zelar pelo bem-estar dos referidos “menores”. Tal situação é relatada por Lucia Maria Teixeira Ferreira nos seguintes termos:

O reflexo dessa política de institucionalização era a privação do direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes oriundos das

¹⁸⁵ MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 16.

¹⁸⁶ Nesta mesma linha de raciocínio: “Não se reconhecendo a infância e a adolescência como categoria jurídica e seus integrantes como sujeitos de direitos, tem-se uma ‘categoria residual’, excluída do eixo da aceitação social e somente recordada pelo sentimento da compaixão, nos quadros de miserabilidade, ou pela suposta necessidade de repressão à delinqüência. A doutrina da ‘situação irregular’ propicia, dessa forma, a existência de um nicho social com necessidades básicas supridas, ao qual se pode denominar de infância e adolescência e outro, cujas necessidades são total ou parcialmente privadas e cujos componentes são marcados pela expressão ‘menores’ e basicamente são as crianças e adolescentes sem condições econômicas e sociais”. MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 16.

classes populares, pois como as instituições eram geralmente distantes do local de moradia da família do menor, muitas famílias não visitavam seus familiares por falta de dinheiro para o transporte e, por outro lado, a instituição não promovia a reintegração familiar do menor. Além disso, a institucionalização incentivava a visão paternalista e assistencialista do Estado, pois as famílias carentes procuravam o Juizado de Menores buscando uma solução para a criação dos seus filhos através da internação dos mesmos em instituições estatais, o que não estimulava a criação de programas oficiais e comunitários de orientação e apoio a essas famílias.¹⁸⁷

Portanto, ancorada no seu projeto assistencialista, a doutrina da situação irregular¹⁸⁸ demonstrou-se inapta a proteger as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito, e, principalmente, como seres humanos de “carne e osso”.

Finalmente, rompendo com aquele tratamento despersonalizante a que eram submetidas as crianças e adolescentes nas doutrinas anteriores surge a doutrina da proteção integral, que já estava presente no Direito Internacional desde 1924, adquiriu existência, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com a ratificação da Convenção sobre Direitos das Crianças. A Doutrina em questão rompeu com o tratamento dispensado ao “menor” pela Doutrina da Situação Irregular. Com o novo paradigma lançado pela proteção integral tem-se que a criança e o adolescente não são mais vistos como objetos de assistencialismo por parte do Estado, eles passam a ser considerados como: sujeitos de direitos fundamentais, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e pessoas merecedoras de prioridade absoluta¹⁸⁹.

Retornando ao tema dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tem-se que, como pode ser vislumbrado, o leque de tais direitos é amplo, abrangendo as condições necessárias para o desenvolvimento saudável e regular das crianças e dos adolescentes. É preciso ter bem claro que o rol dos direitos fundamentais infanto-juvenis, previstos especificamente no art. 227, *caput*, da

¹⁸⁷ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In.: **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. Coord.: PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 286.

¹⁸⁸ “O assistencialismo e a doutrina da ‘situação irregular’ combateram infrutiferamente os efeitos do abandono e a violência, e trataram as crianças e adolescentes marginalizadas como fantasmas sociais, a serem manipulados e esquecidos ao talante dos responsáveis pela políticas sociais. Não havia prerrogativas ou garantias”. MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 72.

¹⁸⁹ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In.: **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. Coord.: PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 287.

Constituição Federal e detalhados do art. 7º ao 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é exaustivo. A previsão contida nas referidas normas é meramente exemplificativa, como, alias, é da própria natureza histórica dos direitos fundamentais como um todo.

Por isso é que não será objeto deste estudo a análise detalhada de cada um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Por mais importante que seja o referido estudo, não encontra o presente trabalho espaço suficiente para uma análise pretensamente aprofundada de cada um dos referidos direitos.

A análise, nesse ponto, é mais centrada na marcoestrutura do que nas especificidades de cada um dos direitos fundamentais em questão¹⁹⁰.

Contudo, com relação ao direito fundamental à educação, entende-se que tal direito merece que lhe sejam atribuídas algumas palavras a mais, com o objetivo de tentar, criticamente, enquadrar melhor os pontos de discussão de tal tema, seja quanto ao seu conteúdo, seja em relação às formas de procurar a sua efetivação.

A educação extremamente é abrangente¹⁹¹, não se reduzindo à educação formal. O ato de educar é um dos deveres que incube aos pais, no exercício do poder familiar, como restou vislumbrado. Por sua vez, o direito à educação, no que diz respeito à educação formal, não deve ser compreendido apenas como direito ao acesso às escolas, o mero direito à ingressar em uma instituição formal de ensino. O ingresso é evidentemente necessário, trata-se da base por meio da qual a educação pode germinar. Por sua vez, complementando o acesso, o direito à educação deve ser vislumbrado também como o direito ao aprendizado, o direito à uma escola eficaz, o direito à uma escola que faz a diferença, o direito à uma educação de qualidade.

Tal ampliação do modo de se compreender o direito à educação se faz necessário, principalmente no contexto atual brasileiro, que, mesmo tendo ampliado

¹⁹⁰ Para um estudo mais aprofundado das vicissitudes de cada um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, ver: LAMENZA, Francismar. **Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade do Estado**. Tese. Universidade de São Paulo. 2006. ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005. E também a seguinte obra coletiva: CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁹¹ Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo leciona que: “A noção de educação é a mais larga possível. Inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade. A educação ou formação moral envolve a elevação da consciência e a abertura para os valores”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 276.

o acesso à educação formal, uma vez que no ano de 2003 obteve-se a taxa de 96,9% dos jovens de sete a quatorze anos freqüentando as escolas¹⁹², faz-se a triste constatação de que 21,6% dos brasileiros são analfabetos funcionais¹⁹³.

Mantendo-se dentro da temática do Direito à educação, impende ressaltar que a educação não se restringe ao espaço escolar. A escola, por mais que seja de qualidade, como projetos pedagógicos eficientes, nunca cumprirá a tarefa de educar se não tiver a família, especialmente os pais, como parceiros.

Eis aqui mais um exemplo prático da incidência do princípio da cooperação na concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

2.1 A criança e o adolescente como sujeitos de direito

Verifica-se, a partir das considerações traçadas acima, que na atualidade as crianças e os adolescentes não devem mais ser tratados pelo Estado, pela sociedade, e principalmente por seus pais, como meros objetos. No Direito Civil contemporâneo, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, as crianças e os adolescentes são alçados ao patamar de sujeitos de direito.

Deste modo, com fundamento na Doutrina da Proteção Integral, houve a efetiva passagem da criança da condição de objeto para a categoria de sujeito, ao menos no âmbito normativo. Essa passagem revela a verdadeira mudança de paradigma operada no interior das doutrinas jurídicas de proteção da infância, ou seja, na mudança de mentalidade¹⁹⁴ que se operou no setor de atendimento dos direitos e das necessidades da população infanto-juvenil no Brasil.

¹⁹² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Síntese de Indicadores Sociais 2003.

¹⁹³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio 2007.

¹⁹⁴ Maria Clara Sottomayor, com amparo nas análises de Philippe Àries, afirma que: “Foi no século XVII, mesmo antes das alterações demográficas, que se atribuiu uma importância nova à personalidade da criança, devido a uma mais profunda cristianização dos costumes e ao surgimento do conceito moderno de infância e de escolaridade criado por moralistas e educadores. Neste contexto, a burguesia urbana do século XVIII concebeu uma nova maneira de olhar a criança como um ser merecedor de carinho e proteção”. Contudo, em que pese o reconhecimento dos direitos da infância e da juventude em documentos internacionais, bem como no âmbito interno: “Este sentimento de infância e a concepção da criança como pessoa, embora pareça uma evidência, que de tão verdadeira nem precisaria ser afirmada, são recentes na história

Discorrendo sobre essas mudanças, que restaram incorporadas no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Alberto Vellozo Machado manifesta-se no seguinte sentido:

O referido quadro aponta, especialmente, para a transformação político-social da compreensão dos setores da infância e adolescência, assegurando-lhes, inicialmente, direitos que redundarão num instrumento de identificação dos indivíduos crianças e adolescentes não como objetos do jurídico, mas como seus sujeitos, propiciando-lhes, assim, uma emancipação social, curando-se de sua peculiar condição de serem jovens, a qual reclama uma prioridade especial.¹⁹⁵

A concepção da criança como sujeito de direito gera reflexos no poder familiar. O estudo, pretensamente abrangente do poder familiar, será realizado na última parte deste trabalho, por isso as considerações sobre a situação dos filhos (crianças e adolescentes) como sujeitos de direito¹⁹⁶ lá serão apresentadas. Contudo, apenas para adiantar o que será visto, a questão da titularidade do poder familiar como exclusiva dos pais, presente na modernidade, é profundamente alterada na perspectiva contemporânea. Neste sentido, Maria Clara Sottomayor tece críticas à concepção formalista do poder familiar e defende “uma concepção personalista de poder paternal, em que a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidade e emoções”.¹⁹⁷

Esta travessia, que partiu da noção de objeto que o ordenamento jurídico conferia as crianças para aportar na compreensão contemporânea de que elas são sujeitos de direito, já foi captada pela jurisprudência:

da humanidade e não foram, ainda, assimilados pela sociedade e pela cultura”. SOTTOMAYOR, Maria Clara. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: a função dos juízes sociais**. Coimbra: Almedina. p. 9-10.

¹⁹⁵ MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 44.

¹⁹⁶ Esta concepção, traz também indagações quanto ao regime da incapacidade dos “menores” previsto no Código Civil de 2002. Principalmente na tentativa de conciliar, sob o prisma da dignidade humana, o regime de proteção representado pelo poder familiar com a participação dos filhos (suas vontades e interesses). Evidente que problematiza-se a questão, sem a pretensão de se apresentar uma certeza sobre o assunto.

¹⁹⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 17.

As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário.

(STF. HC 69.303, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 30-6-92, *DJ* de 20-11-92)

Ao falar-se da criança como sujeito de direito, não se está retornando à concepção abstrata de sujeito de direito, desvinculado da realidade, que se fez presente na racionalidade clássica. A abordagem é outra, tem-se em conta o ser humano na sua integralidade, a pessoa de “carne e osso”. Assim, acompanha-se o raciocínio de Maria Clara Sottomayor ao afirmar que: “Falar dos direitos da criança é, antes de mais, reconhecer à criança o estatuto de pessoa, titular de direitos fundamentais e vê-la, no espaço social, como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções”.¹⁹⁸

Porém, neste ponto uma observação se faz necessária. É preciso cuidado para que essa evolução não se desfaça diante dos caminhos que as técnicas de reprodução humana assistida e mapeamento do genoma humano podem levar. Não é possível admitir que o Direito venha a “chancelar a transformação do sujeito em objeto das relações jurídicas”¹⁹⁹, não deve o Direito compactuar com a reificação do ser humano por meio de uma verdadeira patrimonialização jurídica do corpo humano, como bem adverte José Antônio Peres Gediél:

As formulações jurídicas contemporâneas, que têm por finalidade regular relações decorrentes da aplicação da biotecnologia, ainda não constituem um novo modelo jurídico, mas sugerem uma severa revisão principiológica do Direito vigente. A revisitação crítica das categorias e conceitos jurídicos com vistas à readequação dos instrumentos jurídicos e sua possível superação se inserem nesse movimento teórico. A par disso, o sentido e

¹⁹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: a função dos juízes sociais**. Coimbra: Almedina. p. 9.

¹⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Vol. XVIII, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56.

alcance dessas novas fórmulas jurídicas dependem de opções éticas e políticas que a sociedade ocidental toma diante dos avanços da ciência, em sua relação com o apelo do mercado.²⁰⁰

A concepção da criança e do adolescente com sujeitos de direito oferece um novo modo de se compreender o poder familiar, em todos os seus aspetos, ou seja, quanto à sua natureza, conteúdo e exercício. Tais reflexos, dos quais o acórdão supramencionado já oferece uma breve noção, serão analisados com maior profundidade em capítulo próprio, na terceira e última parte deste trabalho

2.2 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Conforme já restou assinalado anteriormente, o melhor interesse da criança é o princípio alavancador da Doutrina da proteção integral.

Contudo, mesmo que se tenha a impressão de que é simples reconhecer como que intuitivamente o teor do princípio em questão, é preciso reconhecer que desvendar o conteúdo no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não é uma tarefa fácil. Essa dificuldade é inerente ao método tópico sistemático de hermenêutica jurídica (e constitucional) que se adota no presente trabalho. Por isso essa fluidez do princípio é bem vinda, exatamente para se afastar da racionalidade clássica herdada da codificação oitocentista.

Assim, é necessário recorrer aos métodos de interpretação constitucional para se revelar ao conteúdo do princípio no caso concreto, principalmente com a atenção necessária ao papel central que os direitos fundamentais exercem na determinação do núcleo objetivo de tal princípio.

Como averiguar o conteúdo deste princípio? Afinal, o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre o seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela

²⁰⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração Universal do genoma humano e direitos humanos: revisitação crítica dos instrumentos jurídicos. In: **Limite**: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano. (org.) CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. Rio de Janeiro: Fiocruz, dez. 2000. p. 160.

situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é melhor para o menor. (...) O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.²⁰¹

Nesta tarefa hermenêutica, que evidentemente não é neutra, as concepções pessoais de ordem social, econômica e política, que excedem do campo meramente jurídico, interferem no processo de conhecimento. Exemplo da possibilidade da construção de conteúdos diametralmente opostos para um mesmo princípio pode ser encontrado na hipótese de adoção por homossexuais.

Neste caso, o princípio do melhor interesse é utilizado como fundamento tanto pelos defensores de tal adoção, quanto também pela corrente que nega tal possibilidade.

Pela não admissão da adoção por casal do mesmo sexo, Eduardo de Oliveira Leite²⁰² sustenta que a adoção sempre esteve alicerçada na noção de triangularização – pai, mãe, filho – e que no Brasil tal perspectiva permanece inabalada desde o Código Civil de 1916, tendo resistido até ao atual caráter assistencial do instituto.

Alega tal autor que, entretanto, apesar da adoção por duas pessoas pressupor a diferença de sexo²⁰³, o que impede a adoção por casais do mesmo gênero (impedimento que não poderia ser modificado por legislação infraconstitucional), o legislador permitiu a adoção por apenas uma pessoa, supostamente ferindo o direito da criança e abrindo uma brecha para a adoção por apenas um homossexual.

Eduardo de Oliveira Leite finaliza seu raciocínio sustentando que, pautados pelo princípio do melhor interesse da criança, o Brasil e quase todos os países da Europa e da América não admitem a adoção por casal do mesmo sexo. Isto porque o melhor interesse do adotando estaria no seu direito à uma família substituta e

²⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 128-129.

²⁰² LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: **Grandes Temas da Atualidade – Adoção: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101-143.

²⁰³ A leitura isolada do art. 1.622 do Código Civil de 2002, sem ter em conta as diretrizes constitucionais, pode levar o intérprete a sustentar a impossibilidade de adoção por casais do mesmo sexo. Dispõe o Código Civil que: “Art. 1.612. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

família pressuporia uma relação pai-mãe-filho que venha a fornecer tanto a referência masculina quanto a feminina (sem as quais, segundo o autor, a criança corre o risco de sofrer perturbações psicológicas que comprometam o seu futuro), o que não seria encontrado na relação homoafetiva. Por isso, para o referido autor, a adoção por casais homossexuais não é admitida em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a adoção tem que ser vista sob o prisma do melhor interesse da criança e não do adulto.

A outra corrente, que por sua vez defende a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por pais do mesmo sexo, também fundamenta a sua posição no princípio do melhor interesse da criança. Viviane Girardi Próspero²⁰⁴, baluarte desta vertente, sustenta tal possibilidade em argumentos sólidos. Marcada por uma releitura constitucional do Direito Civil e das relações familiares, a dissertação da autora compreende a dimensão plural das famílias, nas quais o afeto é o elemento preponderante. A adoção por casais homossexuais é ainda fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e no fato de que as funções paterna e materna não são, necessariamente, exercidas, respectivamente, por pessoas do sexo masculino e feminino.

Deste modo, por meio de uma leitura constitucionalizada do instituto da adoção, percebe-se a possibilidade jurídica plena da adoção de crianças e adolescente por famílias homoafetivas. Afastando-se o preconceito e a discriminação em razão da opção sexual dos adotantes, o que deve ser verificado (como em qualquer hipótese de adoção²⁰⁵) é o melhor interesse da criança e do adolescente. Para a definição do melhor interesse da criança são outros elementos, que não a opção sexual do(s) adotante(s), que devem ser levados em consideração.

Entre estes elementos aptos a definir, no caso concreto, o melhor interesse, os direitos fundamentais da criança e do adolescente encontram papel de destaque. Assim, é possível afirmar que na fluidez de tal princípio (característica dos princípios como um todo), os direitos fundamentais são aptos a formar o “núcleo duro” do princípio do melhor interesse, revelando as suas feições básicas, como se vê na melhor doutrina:

²⁰⁴ PRÓSPERO, Viviane Girardi. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁰⁵ CC/2002. “Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotado”.

Poderíamos dizer que o núcleo conceitual (do melhor interesse) nomeado pela autora portuguesa encontra-se, exatamente, na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente. Tal princípio, aliado à doutrina da proteção integral, visa a proteção da criança, do adolescente, bem como de seus direitos, além de garantir-lhes as mesmas prerrogativas que cabem aos adultos. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas, também, é atribuído à sociedade e à família, conforme determina o art. 227 da Carta Constitucional, constituindo-se, destarte, um dever social.²⁰⁶

Esta centralização nos direitos fundamentais para se determinar, ao menos, o núcleo do princípio do melhor interesse da criança²⁰⁷ e do adolescente, mas sempre tendo em vista a análise de cada caso concreto²⁰⁸, também é exposta por Silvana Maria Carbonera, ao afirmar que:

A legislação pátria aponta um conjunto de fatores que devem ser levados em conta quando da determinação da guarda, de cunho constitucional, encontrados na esfera ordinária no Estatuto da Criança e do Adolescente. Constituem eles um conjunto de direitos fundamentais, que têm por objetivo assegurar, através de todos os meios, as oportunidades e facilidades que promovam o 'desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade', obrigando a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público".²⁰⁹

²⁰⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A Disciplina Jurídica da Autoridade Parental. In: **Família e Dignidade Humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Org. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 105 – 106.

²⁰⁷ Neste sentido: Necessário reafirmar, neste ponto do estudo, que a prioridade absoluta diz respeito, em última análise, àquilo que se convencionou chamar de interesse superior da criança e do adolescente (...)
Referido interesse superior não deve e não pode ser ultrajado, posto ser emanção do direito à vida, à integridade psicofísica e à saúde da juventude, que são, por sua vez, direitos fundamentais, de manifestação libertária, igualitária, econômica, social e cultural (...)
Nesse aspecto, no sistema jurídico brasileiro, através do Art. 277, da Constituição Federal, encontra-se a regra nuclear referente a este interesse superior, traduzida na expressão 'prioridade absoluta', determinadora, como se propôs no anterior capítulo, de posicionar a proteção aos interesses e direitos da infância e adolescência à frente de quaisquer outros no cumprimento das metas do Estado Brasileiro. MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 172.

²⁰⁸ "capaz de compreender que o interesse de uma criança não é necessariamente idêntico ao de outra, bem como que este interesse sofre variações com o passar do tempo.
A imprecisão e a variedade de conteúdo que pode apresentar a noção de interesse do filho aponta para sua consagração como uma cláusula geral, um princípio protetivo onde poderiam estar abrigadas todas suas facetas, adequadas pelo juiz a cada caso concreto". CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 126.

²⁰⁹ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 128.

Assim, são os direitos fundamentais da criança e do adolescente o elemento apto à conferir densidade normativa ao princípio do melhor interesse.

A hipótese de adoção por casais homossexuais serviu apenas de exemplo para demonstrar as possibilidades de interpretação e concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Tal princípio, porém, possui um campo de incidência muito mais amplo, fazendo-se presente nas questões de guarda²¹⁰, tutela, no exercício do poder familiar, entre outras questões. Trata-se, na verdade, de critério apto para análise de todas as situações e relações jurídicas envolvendo as crianças e os adolescentes.

²¹⁰ Para um maior aprofundamento na incidência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no âmbito da guarda e do exercício do poder familiar, remete-se o leitor à terceira parte deste trabalho, mais especificamente no seu capítulo II.

TÍTULO III – RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS E O PODER FAMILIAR

Uma vez concluída a apresentação das duas primeiras partes do presente trabalho, ainda que possua-se pleno conhecimento das inúmeras falhas, de forma e de conteúdo que a exposição apresentou, leva-se a crer que, com o estabelecimento das premissas e do fio condutor (na perspectiva civil-constitucional) na primeira parte e com a fixação das noções básicas dos direitos fundamentais da criança e do adolescente na segunda parte, com especial atenção à doutrina da proteção integral, é chegada a hora de tratar com maior detalhamento das relações de filiação e do poder familiar.

Deste modo, no decorrer desta parte final, o centro das especulações girará em torno das seguintes noções: os critérios para a determinação da paternidade; a distinção entre genitor e pai (e entre genitora e mãe); as relações que se desenvolvem entre pais e filhos sob a perspectiva na natureza jurídica, o conteúdo e o exercício do poder familiar; a ligação entre direitos fundamentais dos filhos (crianças e adolescentes) e o poder familiar; as alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico para as hipóteses de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar por parte dos pais.

1 CAPÍTULO I – Relações de filiação

O vínculo jurídico de parentesco comporta, na sua abrangência, um grande número de relações jurídicas. O parentesco, seja ele consangüíneo ou socioafetivo²¹¹, pode ser visualizado na linha reta²¹², com relevância *ad infinitum*, e na linha colateral²¹³, que de acordo com o Código Civil de 2002, teve a sua relevância jurídica restringida do sexto para o quarto grau²¹⁴, se comparado como o Código Civil de 1916. Quanto ao parentesco por afinidade, a relevância da linha colateral se faz sentir apenas até o segundo grau²¹⁵.

Uma vez que, grosso modo, o objeto central do presente trabalho consiste na análise do poder familiar, o foco das atenções recairá, aqui, numa relação de parentesco em especial, vista como parentesco na linha reta em primeiro grau: o vínculo da filiação.

A relação jurídica de filiação, dependendo a partir de onde se parta o olhar, pode receber denominações diversas: sob o prisma dos filhos, filiação; sob a ótica do pai, paternidade; sob o ponto de vista da mãe, maternidade. Neste sentido manifesta-se Gustavo Tepedino:

Dentre as diversas relações de parentesco, a mais intensa, o vínculo mais próximo e estreito é o estabelecido entre os pais e os filhos, traduzindo juridicamente as relações jurídicas de filiação.

²¹¹ CC/2002. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

²¹² CC/2002. “Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”.

²¹³ CC/2002. “Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

²¹⁴ Discorrendo sobre a relevância jurídica dos graus da linha colateral, Paulo Luiz Netto Lôbo informa que: “Ao longo da história do direito brasileiro, variou esse limite, segundo as concepções e interesses de cada época. Enquanto predominou o modelo da grande família patriarcal, o parentesco era mais largo. Nas Ordenações Filipinas chegava-se até ao décimo grau, no Código Civil de 1916, ao sexto grau, em geral, embora reduzisse ao quarto, para fins sucessórios”. LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 185.

²¹⁵ CC/2002. “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado ao parentes do outro pelo vínculo de afinidade. §1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. §2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

A filiação, portanto, é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade²¹⁶.

Não obstante o seu grande valor e importância central no ordenamento jurídico²¹⁷, a noção de filiação, na sua aparente simplicidade (vínculo jurídico que liga uma pessoa a seus pais), esconde um universo repleto de pontos intrincados. Isso porque a relação paterno-filial é uma definição extremamente difícil de ser obtida e compreendida. Luiz Edson Fachin, ao referir-se à complexidade que é inerente a paternidade, afirma tratar-se de “uma definição que nunca adormece”²¹⁸.

Tal complexidade decorre da existência de três “verdades”, ou seja, da constatação de que são três os critérios aptos a informar o conteúdo do vínculo paterno-filial, quais sejam: i) o critério jurídico, informado pela presunção *pater is est*; ii) o critério biológico; iii) o critério socioafetivo, informado pela noção de posse de estado de filho.

Com o objetivo de verificar as relações entre estes três critérios, e a relevância conferida a cada um deles pela doutrina, pela jurisprudência e pelo ordenamento jurídico em momentos distintos, opta-se por centrar a análise, neste ponto, nos modos de estabelecimento da paternidade, e por consequência, da filiação.

Quanto ao estabelecimento da paternidade, as figuras da mãe e do casamento exercem papéis primordiais, pois é “Diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*;

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In.: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 445.

²¹⁷ A respeito da importância da noção de relação paterno-filial para a articulação do ordenamento jurídico: “Através do vínculo jurídico de filiação, que liga uma pessoa a seus pais, a ordem jurídica reconhece a importância de conceito fundamental no Direito de Família. Com efeito, todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação. Ademais, a noção de filiação é o ponto de partida de regras que em nosso Direito, são fundamentais em relação ao cuidado e à responsabilidade para com os menores (poder paternal) e pelos menores (responsabilidade civil), influenciando, portanto, em todo o sistema jurídico”. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 38.

²¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito de Família, Do Direito Pessoal, Das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 61.

se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou pela investigação”.²¹⁹

Contudo, tal afirmação quanto à certeza da maternidade pode ser relativizada diante da emergência de pelo menos dois fatores: as inovações biotecnológicas no campo da reprodução assistida e a valorização jurídica do afeto, que arrostando aquela verdade dita inquestionável, levaram a dissociação da figura da genitora e da mãe.

A presunção *pater is est quem nuptiam demonstram* revela-se como o instrumento apto a operar automaticamente o estabelecimento da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento: o filho da mulher casada tem por pai o marido desta. Logo, com a presunção *pater is est*, tem-se o estabelecimento da paternidade/filiação jurídica, que pode coincidir ou não com a paternidade biológica e ainda com a socioafetiva.

O Código Civil de 2002, ao lado das hipóteses tradicionais de presunção de paternidade já previstas no Código Civil de 1916, inseriu neste campo as hipóteses de reprodução humana assistida, tanto a inseminação artificial homóloga quanto a heteróloga.

No âmbito da paternidade jurídica, gerada pela presunção *pater is est*, encontra-se plenamente viável, como já relatado anteriormente, a ocorrência de situações em que a referida presunção não venha a corresponder com a realidade biológica, ou seja, casos em que o marido da mãe não venha a ser o pai biológico da criança.

Tal possibilidade de desencontro entre a presunção *pater is est* e a paternidade biológica, acompanhada de mecanismos que dificultam a impugnação de paternidade, levam à oficialização de *mentiras jurídicas*²²⁰ com a finalidade de se preservar uma dada concepção de família, mais precisamente aquele modelo de

²¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 21.

²²⁰ A idéia de *mentira jurídica*, que pode ser gerada em função da racionalidade subjacente à presunção *pater is est*, é muito bem retratada por Luiz Edson Fachin, ao afirmar que no Código Civil de 1916: “Partiu-se de uma situação em que imperava a discriminação entre os filhos – com distinções entre filhos ditos legítimos e ilegítimos, estes naturais ou espúrios – e a restrição ao reconhecimento da paternidade, imposta pela falsa idéia de que uma mentira jurídica seria apta a preservar a família”. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 99.

família construído pela racionalidade clássica, como bem demonstra Luiz Edson Fachin ao afirmar que:

A normalidade das relações de vida faz indicar, no âmbito do casamento, que o marido deve ser o pai biológico dos filhos de seu cônjuge. É por isso que, em essência, a regra *pater is est* se mostra tendente a fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica. Conjugada, porém, tal regra com mecanismos que impeçam ou dificultem a discussão sobre a paternidade, chega-se a uma paternidade presumida, às vezes fictícia, que, por essa razão, passa a atender, em verdade, a outros interesses.

Dentre esses interesses, está acentuadamente o *favor legitimitatis*, que implica, em numerosos casos, um fechar de olhos à realidade. Essa idéia de proteção à família, presente no Código Civil francês e projetada para o sistema do Código Civil brasileiro, conduziu até mesmo a sustentar-se que a 'mentira jurídica' podia ser essencial à paz familiar.²²¹

Assim, ao adotar o critério nupcialista da paternidade, por meio da presunção *pater is est*, o legislador abriu a possibilidade de ver suprimida, em determinados casos, a verdade biológica da paternidade²²²; tudo com o objetivo de garantir a paz e a honra da família patriarcal, hierarquizada e matrimonializada²²³, retratada no Código Civil de 1916.

Buscava-se a defesa da família, na visão institucionalista que enxergava na família um ente transpessoal, que merecia ser preservado, em conformidade com as concepções dominantes na racionalidade oitocentista. Tal presunção era fundada no casamento e operava a discriminação entre os filhos, uma vez que dava abrigo à filiação decorrente do matrimônio, os filhos legítimos, e não oferecia dignidade jurídica aos filhos que não tivessem origem de uma relação matrimonial, os filhos ditos ilegítimos²²⁴.

²²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 33.

²²² FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 33.

²²³ “É necessário ver que o sistema clássico de estabelecimento da filiação vinha assentado na direção protetiva da instituição familiar matrimonializada e calcado, por isso, numa visão patriarcal e hierarquizada da família. Nesses quadrantes, o estabelecimento da filiação, seguindo tais diretivas, cancelava um conjunto de normas preocupado em dar abrigo jurídico à defesa superior da família, sacrificando outros valores que podiam parecer incongruentes com esse mister. Por isso, não passava pelos muros da verdade jurídica a busca da verdade biológica, e menos ainda da verdade sócio-afetiva, a não ser nos limites estreitos previstos pelo próprio sistema no seio da contestação privativa da paternidade”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 150-151.

²²⁴ “A noção de parentesco incorporada ao Código reflete a distinção entre filiação legítima e filiação ilegítima, sendo parentesco legítimo, se procedente do casamento, e ilegítimo, se não procedente

Como se vê, na concepção clássica, o estado de filiação estava intimamente associado ao estado civil dos pais e à defesa da família institucionalizada. A grande força com que a presunção *pater is est* se apresentava no Código Civil de 1916, atuando como guardião da autoridade do homem presente no patriarcado, encontra suas origens também no Código Civil Francês de 1804²²⁵, com bem demonstra Luiz Edson Fachin:

Por isso, a redação do Código Civil francês, ao consagrar a diferença entre filiação legítima e filiação ilegítima, e praticamente impedir a investigação de paternidade, teve por objetivo definido “assegurar a paz das famílias”. O Código francês recolheu idéias romanistas, tanto em relação ao casamento quanto a atribuição ao marido da autoridade sobre sua esposa e filhos, conjugando um ideal patriarcal com o individualismo. O papel que a fórmula *pater is est*, ao ser recepcionada pelo Código Civil francês, vem desempenhar no sentido de praticamente impedir a negação do vínculo de paternidade legítima, também explica essa noção romana da presunção: a proteção da autoridade parental.²²⁶

Associada a tais situações que tentavam justificar uma possível paternidade fictícia em favor de uma dada concepção de família e aos valores que lhes eram subjacentes, tem-se que a impugnação da paternidade, com o objetivo de desfazer a presunção *pater is est*, era extremamente limitada. Isso se dava com o objetivo de

do casamento. Admite a lei, ainda, o parentesco natural ou civil, conforme resultar da consangüinidade, ou adoção (art. 332).

Para o Código, por isso, a filiação resta vista primordialmente como uma relação existente entre uma pessoa (filho) e as que geraram (o pai e mãe); é, enfim, um vínculo parental de geração, sendo de extrema relevância, para compreensão do sistema, saber se derivado ou não do casamento.

O sistema originário do Código Civil brasileiro, ao dirigir especial atenção à filiação legítima, em verdade deferiu forte tutela jurídica à instituição matrimonial, contemplando uma idéia transpessoal de família, o que espelha uma definida concepção de família”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 45.

²²⁵ Demonstrando a influência que o Código Civil de Napoleão exerceu sobre o Código Civil brasileiro de 1916, na temática da filiação, Luiz Edson Fachin manifesta-se afirmando que: “O Código de 1804 fundou o Direito da filiação sob a predominância da filiação derivada do casamento. Desse contexto, duas características fundamentais emergem: de um lado, não é possível cogitar de legitimidade sem casamento; de outro, a presunção *pater is est*, por decorrência, se mostra particularmente forte.

Depreende-se daí que o Código Civil estava impregnado de uma concepção tradicional de família, colocando a mulher e os filhos sob a autoridade do marido, o chefe da família”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 74. Contudo, necessário se faz informar que a concepção excludente presente na codificação francesa foi amplamente alterada com a reforma realizada em 1972, assunto que será objeto de posterior análise.

²²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 31.

preservar uma suposta paz familiar e a própria família, na visão institucionalizada²²⁷ do ente familiar presente no Código Civil de 1916.

A presunção legal de paternidade, expressa pela fórmula *pater is est*, já na formulação do Código de 1916, podia ser impugnada pelo “marido da mãe”, por isso tal presunção é tida como *iuris tantum*, ou seja, relativa. Contudo, existiam inúmeras restrições à negatória de paternidade²²⁸, como a legitimidade ativa privativa do marido para a impugnação, estabelecimento de prazo decadencial extremamente curto e enumeração de hipóteses taxativas para tanto, restrições estas que evidentemente dificultavam a revelação da verdade biológica.

Aliadas aos entraves postos à impugnação, estavam presente, ainda, as limitações impostas ao reconhecimento da paternidade dos filhos extramatrimoniais, posto que o art. 358 do Código Civil de 1916 proibia o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. Tais obstáculos ao reconhecimento dos filhos ilegítimos, que foram ao pouco sendo removidos pela jurisprudência, conforme será demonstrado adiante, também foram gradativamente relativizados pela legislação²²⁹, que absorveu pouco a pouco os reclames sociais de igualdade da filiação.

²²⁷ “A família, assim, era uma comunidade de sangue calcada no casamento. Estatuindo que o casamento cria a família legítima (art. 229), o Código definiu-se por um conceito matrimonializado de família, dando ao casamento também a função de fonte de legitimidade dos filhos. Por outro lado, o Código modelou as relações entre pais e filhos de maneira acentuadamente hierarquizada, conferindo especial relevo ao papel do pai na comunhão familiar, o que faz aparecer um desenho tradicional e patriarcal da família. Desse modo, ao centrar as preocupações na instituição familiar e nos princípios que visam protegê-la, o legislador deferiu amparo privilegiado da ‘honra e da paz familiar’, cuidando primordialmente dos interesses da instituição acima dos interesses das pessoas que a compõem, particularmente os filhos. Mesmo quando evidencia a posição pai como chefe da família, o Código tem em mira mais a instituição de que a pessoa do marido em si mesma. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 46.

²²⁸ Código Civil de 1916. Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.

²²⁹ A revogação do art. 358 do Código Civil de 1916, que proibia o reconhecimento de filhos espúrios havidos fora do casamento, adulterinos e incestuosos, se operou formalmente por meio da promulgação da Lei 7841/89. Porém, antes do advento da referida lei, o teor do art. 358 foi sendo abrandado pelo surgimento de inovações na legislação: Decreto-Lei 3200/41; Decreto-Lei 4737/42, que permitiu o reconhecimento do filho adulterinos e a investigação de paternidade, mas apenas após o desquite; Lei 883/49; Lei 6515/77, que introduziu o parágrafo único ao art. 1 da lei 883/49, permitindo o reconhecimento na constância do casamento, mas desde que feito mediante testamento cerrado; e a Lei 7250/84. Quanto à investigação de paternidade, valiosa se faz a Lei 8560/92. Neste contexto, apresenta-se valiosa a lição proferida por Luiz Edson Fachin: “Esse conjunto de valores de base corporificados no Código Civil foi sofrendo transformações, e as regras desse sistema começaram a receber algumas alterações. O Direito da filiação da época contemporânea não é o mesmo posto em vigor com o Código Civil. A própria concepção de família não permaneceu inalterada, e de resto a idéia de filiação e seu estabelecimento. Daí porque é útil à análise conhecer a evolução legislativa ocorrida após o Código Civil ter entrado em

Não obstante tais dificuldades, impostas como verdadeiros obstáculos ao descobrimento da verdade biológica, descobre-se no labor criativo da jurisprudência a atenuação da presunção *pater is est*, na busca de diminuir o número de paternidades fictícias. Neste sentido é a constatação de Luiz Edson Fachin:

A jurisprudência, sem passar por aquela via, prévia contestação de paternidade pelo marido, para se estabelecer a paternidade de terceiro em relação ao filho tido por mulher casada, encontrou outro caminho, mais simples, para chegar ao mesmo objetivo. É possível, depreende-se do que diz a jurisprudência, que a paternidade do marido ceda em face da procedência da investigação proposta por terceiro, pois assim, estabelecida a paternidade de terceiro, a criança já tem um pai juridicamente definido e não há sentido em manter a presunção *pater is est*. E isso pode ocorrer, disse mais a jurisprudência, quando os cônjuges estão separados de fato, inexistindo entre o filho tido pela mulher casada e o marido dela, qualquer vínculo sócio-afetivo, ou transpondo para outras palavras, inexistindo a posse de estado de filho perante o marido da mãe.²³⁰

Como se percebe, o parentesco presuntivo passa a perder força, ou seja, há uma mitigação da presunção *pater is est*, e deste modo a verdade biológica passa a ganhar grande relevância como elemento apto a estabelecer a paternidade. Assim é que “A progressiva valorização do dado material sobre o formal, com a supressão do pretense caráter legitimatório do casamento, implicou uma mudança de rumos, com a relativização da presunção *pater is est*, seja pela eliminação do rol taxativo de causas de impugnação, seja pela eliminação²³¹ do prazo decadencial”²³². Continua o autor afirmando que: “Em lugar da presunção, todavia, colocou-se, em um primeiro momento, uma dada verdade biológica”.

Outrossim, a relativização da presunção *pater is est*, informada pelas mudanças sociais, reflete a caminhada rumo à igualdade de todos os filhos. Procura-se, com base nos princípios da inocência e da dignidade da pessoa humana,

vigor e examinar a dimensão e as repercussões dessa mudança”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 57.

²³⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 129-130.

²³¹ A respeito das alterações realizadas, em sede legislativa, nos requisitos aptos a levar a efeito a impugnação de paternidade, tem-se o art. 1.601 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

²³² FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 289.

dissociar²³³ o estado de filiação do estado civil dos pais, garantindo a todos os mesmos direitos e qualificações, sem qualquer espécie de discriminação.

Os avanços científicos na área da biotecnologia repercutiram, com grande força, na seara do Direito. Com a tecnologia do exame em DNA²³⁴, fez-se possível afirmar com absoluta certeza a descendência genética de determinada pessoa. Assim, com este instrumento oferecido pelos avanços do conhecimento científico²³⁵, chegou-se a pensar que o estabelecimento da paternidade seria obtido simplesmente por meio do resultado do referido exame.

Contudo, tal certeza quanto ao genitor promovido pelo exame em DNA, passado o entusiasmo inicial da possibilidade de uma verdadeira revolução no âmbito da determinação da paternidade, também não se demonstrou apta a revelar, por si só, a paternidade²³⁶. Isso porque a paternidade não se resume ao dado biológico. É necessário estabelecer a distinção entre pai e ascendente genético, noções que “nem sempre se identificam no mesmo sujeito”.²³⁷

Na contemporaneidade o afeto adquire grande valor na seara do Direito de Família, em todos os seus quadrantes. O liame afetivo está presente seja no âmbito

²³³ Gustavo Tepedino, a partir da releitura das relações de filiação pelo filtro constitucional, identifica as três principais características contemporâneas das referidas relações: “1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação entre os genitores”.
TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 448.

²³⁴ A sigla DNA remete ao ácido desoxirribonucleico na sua grafia em língua inglesa, ou seja, ao *desoxyribonucleic acid*.

²³⁵ O teste em DNA não foi o primeiro método científico na área genética utilizado para se verificar o vínculo biológico entre as pessoas. Para uma análise minuciosa dos diversos sistemas utilizados para tal fim, iniciando pelo sistema ABO, passando pelos sistemas Rh e HLA, e culminando com o sistema DNA, verificar a obra **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filia, de autoria de Rose Melo Venceslau, mais precisamente o segundo capítulo da primeira parte.

VENCESLAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 75-90.

²³⁶ “O avanço da técnica médica presta relevantes serviços aos fins do Direito de Família. Sem embargo, a plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame de DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, da verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação”. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 255 – 256.

²³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito de Família, do Direito Pessoal, da Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

da conjugalidade, seja como elemento necessário a construir relações de parentesco. Outrossim, encontra-se presente nas relações de filiação como critério de estabelecimento da paternidade.

Esta valorização do afeto, que se faz presente na filiação socioafetiva, é reflexo das mudanças culturais que se operaram no transcorrer do século XX, no arco histórico que parte da modernidade e aporta na contemporaneidade. Trata-se dos reflexos das alterações sociais, já mencionadas anteriormente, no âmbito da juridicidade. Na recepção da pluralidade familiar e no estabelecimento igualdade de todos os filhos, princípios consagrados na Constituição Federal de 1988²³⁸, pode-se encontrar exemplos das manifestações do afeto transformado o Direito.

Na doutrina brasileira, um dos primeiros estudos sobre a paternidade socioafetiva que se tem notícia, aonde sustentou-se a paternidade como um fato cultural, foi da lavra de João Baptista Villela²³⁹, no ano de 1979, ou seja, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O elemento afetivo demonstra que a paternidade é um fato cultural, assim como o é a própria família. Conforme demonstra Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar de pai pode ser ocupado por qualquer pessoa e a paternidade, fundada também em elemento subjetivo, está para além do dado meramente biológico, sem, contudo, desconsiderar tal dado:

Toda a estrutura do Direito para a averiguação da paternidade está assentada nos laços biológicos da paternidade. Com a evolução do conhecimento científico isto ficou facilitado, já que se pode saber quem é o genitor, pelo método do DNA.

Por outro lado, com o avanço do conhecimento da 'psi' podemos verificar que a paternidade não é um fato da natureza, mas antes um fato cultural. Em outras palavras, paternidade é uma função exercida, ou um lugar ocupado por alguém que não é necessariamente o pai biológico. Neste sentido, o lugar de pai pode ser ocupado por outra pessoa como o irmão

²³⁸ A igualdade na filiação restou consagrada, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Tal princípio, ao suprimir a classificação discriminatória entre filhos legítimos e ilegítimos presente no Código Civil de 1916 e na legislação especial posterior ao Código, abriu as portas do Direito para o reconhecimento do afeto como elemento apto a estabelecer a filiação, como demonstra Luiz Edson Fachin: "A nova Constituição Federal contém um conjunto de princípios atinentes à família e à filiação que se coloca em rumo congruente com aqueles que informaram as recentes reformas européias antes vistas. Sob tais princípios, especialmente o da igualdade, aquelas reformas organizaram a tentativa de superação das deficiências do sistema clássico do estabelecimento da filiação". FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 165-166.

²³⁹ VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979.

mais velho, o avô, o namorado etc. Isto não significa que a paternidade biológica não deve ser considerada pelo Direito”.²⁴⁰

Evidencia-se, assim, a valorização do afeto como elemento apto a estabelecer o vínculo de paternidade. Com a incorporação do afeto para o interior do Direito, pela jurisprudência e posteriormente pela doutrina e pela legislação, as ficções que reinavam no âmbito do Direito de Família, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento dos vínculos de filiação fora do casamento, foram cedendo e deram espaço para o descortinamento da verdade, que antes era encoberta por uma nuvem de hipocrisia.

Para a determinação da filiação socioafetiva faz-se relevante o papel desempenhado pela figura da posse de estado. A questão da posse de estado de filho, ou, posse de estado de pai, ou ainda, posse de estado de mãe, passou despercebida pelo Código Civil de 1916. Isso porque, o estabelecimento da filiação estava fincada na racionalidade clássica, voltada unicamente a proteção da família que lhe servia de paradigma, ou seja, o ente familiar exclusivamente matrimonializado e patriarcal, e na proteção da filiação legítima. Em prol da preservação dos interesses patrimoniais e morais daquela família, não se conferia dignidade ao dado biológico, e muitos menos aos laços de afeto que ligavam pais e filhos. Eis a razão da invisibilidade da posse de estado de filho²⁴¹ para a racionalidade oitocentista²⁴².

A força dos fatos forçou a absorção da questão da posse de estado de filho para dentro do Direito, por meio da atuação criativa do Poder Judiciário e da

²⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 580.

²⁴¹ “Nota-se que a noção de posse de estado somente tem sentido no âmbito de um sistema preocupado com um vínculo de compromisso entre a verdade biológica e a verdade sócio-afetiva. Por tal razão ficou de fora do sistema codificado. O Código Civil compôs um sistema sem compromisso com a verdade biológica ou com a verdade social. Preocupou-se com a família legítima e para essa categoria de filhos dirigiu o favor da força da presunção legal de paternidade; colocou, pois, num plano superior, a verdade jurídica. Assim, porém, não se passou na jurisprudência”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 131.

²⁴² “A indiferença do legislador não é apenas formal, portanto: ela decorre de um juízo de desvalor de certos fatos sociais cujas portas de ingresso no mundo jurídico foram fechadas pelo Código Civil. Coube à força desses mesmo fatos sociais abrir os caminhos, quer pela atuação dos juízes, quer pelas modificações supervenientes que as transformações culturais e econômicas impuseram ao texto codificado”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 153-154.

posterior recepção da questão pela legislação. Da invisibilidade, o liame afetivo, exteriorizado na posse de estado, alcançou o patamar de elemento apto ao estabelecimento da filiação.

No que diz respeito ao direito positivado, a noção de posse de estado de filho encontra-se presente, ao menos implicitamente²⁴³, na norma que se extrai do art. 1.593, *in fine*, do Código Civil de 2002. Assim, a filiação socioafetiva foi recepcionada pela legislação pátria por meio do termo “outra origem”, presente no referido artigo.

Do ponto de vista da legislação, sem descurar da realidade social e do papel desempenhado pela jurisprudência, a inspiração do legislador brasileiro foi o Direito francês pós reforma de 1972, como bem demonstram Lamartine e Francisco Muniz ao afirmarem que: “Essa busca de um equilíbrio entre a necessária valorização da verdade biológica, e a não menor necessidade de que a verdade psicológica e social seja respeitada (inclusive como limite à perquirição da primeira) foi, pelo Direito francês posterior à reforma, empreendida através da utilização de antigo e tradicional instrumento técnico, de certa forma rejuvenescido como chave do novo sistema: a noção de posse de estado de filho”.²⁴⁴

A posse de estado de filho não se apresenta como uma noção exata. Muito pelo contrário. A concepção de posse de estado, assim como os demais conceitos, deve ser construída e reconstruída constantemente, com os olhos voltados para a realidade e os pés firmados nos princípios constitucionais. Trata-se do Direito poroso, aberto à realidade plural por meio dos princípios.

Uma noção preliminar sobre a caracterização da posse de estado de filho, alicerce da paternidade socioafetiva, pode ser obtida pela conjugação de três elementos que se tornaram clássicos: “a *nominatio*, que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação”.²⁴⁵

²⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

²⁴⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 38.

²⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 54.

Eis o tripé que, como nomenclaturas diversas (*nominatio*, *tractatio*, *reputatio*; ou ainda, *nomen*, *tractatus*, *fama*; que representam o nome, tratamento e reconhecimento social), sustenta a noção de posse de estado: a pessoa que se reconhece afetivamente como filho leve o nome da família; a pessoa que se reconhece afetivamente como filho seja tratada como se filho fosse, porque, se existe afeto, filho efetivamente será; a referida relação de filiação seja do conhecimento de terceiros, reconhecida socialmente.

Todavia, a perquirição exaustiva sobre a existência ou não dos três elementos, em plenitude, para fins de caracterização da posse de estado de filho, não é desejável. A noção de posse de estado não deve seguir a racionalidade clássica, transformando-se, ela mesma, em um conceito de exclusão. A vida é infinitamente mais complexa do que o prévio estabelecimento racional de critérios pelo ser humano. Assim, se uma realidade familiar que exteriorize a posse de estado de filho, mesmo que um ou mais dos seus elementos não estejam plenamente visíveis, não pode ser menosprezada ao não ser conferida dignidade jurídica àquela relação de filiação. A confluência dos três elementos não é decisiva para a caracterização da posse de estado de filho²⁴⁶. Neste sentido, com precisão, afirma Luiz Edson Fachin que:

Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam.

Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (*nomen*, *tractatus*, *fama*), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de indicar os elementos normais que de modo coerente sugerem a presença da posse de estado.²⁴⁷

Deste modo, a posse de estado de filho, com os seus elementos acima delineados, além de revelar a filiação socioafetiva, presta-se também, por si só, em

²⁴⁶ Neste sentido: “Na aplicação dessa noção ao Direito Brasileiro, o primeiro elementos (a *nominatio*) é quase sempre de pouca ou nenhuma utilidade: tenha o filho apenas o nome de família da mãe ou também o nome de família do marido desta, não se está aí diante de elemento decisivo. Os outros dois elementos, porém, particularmente o segundo (*tractatio*) são da maior importância, por permitirem revelar a existência (ou não) de um vínculo psicológico e social entre filho e o suposto pai, isto é, de uma relação pai-filho existencialmente vivida”. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 52.

²⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 161.

modo de estabelecimento da filiação. Evidencia-se, assim, a dupla face da posse de estado de filho, tanto como prova quanto como fundamento do vínculo de filiação²⁴⁸, que “se mostra naquele papel estabilizador da posse de estado, no qual passa do simples plano da prova para atuar no plano de fundo. Neste nível, a posse de estado praticamente constitui modo privilegiado de estabelecimento da filiação”.²⁴⁹

Esta realidade não passou despercebida pelos tribunais. Assim é que, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade do homem que registrou como seu filho de outrem, ciente de tal fato, mas que veio a conviver por muitos anos com a criança tratando como filho, criando laços de afeto; venha posteriormente requer o cancelamento do registro:

RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, IN CASU, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato, havido por ideologicamente falso, deve ser conferida a terceiros interessados, dada a impossibilidade de revogação do reconhecimento pelo próprio declarante, na medida em que descabido seria lhe conferir, de forma absolutamente potestativa, a possibilidade de desconstituição da relação jurídica que ele próprio, voluntariamente, antes declarara existente; ressalte-se, ademais, que a ninguém é dado beneficiar-se da invalidade a que deu causa.

²⁴⁸ Referindo-se ao papel desempenhado pela posse de estado de filho na legislação francesa após a reforma de 1972, para a determinação da filiação socioafetiva, Luiz Edson Fachin traça as seguintes diretrizes que também são aplicáveis ao Direito brasileiro contemporâneo: “Na seara da filiação, a verdade é, num primeiro momento, a verdade biológica, que se refere por isso, à maternidade ou paternidade física. Mas na reforma há um espaço destacado à verdade sociológica, tomando-se em especial consideração o comportamento dos pais, o que aparece sob a noção de posse de estado, cujo papel realmente foi realçado pela lei.

A noção de posse de estado assume especial relevância na lei 3 de janeiro de 1972, podendo ser prova e fundamento do vínculo da filiação.

De acordo com o art. 320 do Código Civil francês, a posse de estado tem um papel de prova da filiação legítima.

Além disso, saindo do campo probatório, a posse de estado assume um caráter eminentemente jurídico, ao tornar inatacável a filiação legítima quando aquela estiver conforme o registro de nascimento (posse de estado de filiação legítima mais título), consoante o art. 322 do Código, e ao tornar frágil a filiação quando não houver posse de estado (art. 334-9).

Ademais, em havendo conflito de filiação, o juiz deverá, na falta de elementos suficientes de prova, considerar a posse de estado para determinar a filiação mais verossímil (art. 311-12). Constata-se, assim, uma ‘promoção importante do papel da posse de estado e que constitui uma realidade sociológica da maior importância.’. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 78-79.

²⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 159.

2. No caso em exame, o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público, que, agindo na qualidade de custos legis, acolheu a tese de falsidade ideológica do ato de reconhecimento, arguindo sua anulabilidade, sob o pálio da defesa do próprio ordenamento jurídico; essa atuação do Parquet, contudo, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão originariamente deduzida, visto que, em assim sendo, seria o mesmo que admitir, ainda que por via indireta, aquela execrada potestade, que seria conferida ao declarante, de desconstituir a relação jurídica de filiação, como fruto da atuação exclusiva de sua vontade.

3. Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro status familiae, na medida em que, o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o Ministério Público sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo afetivo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera "questão de conveniência" do pai registral, como anotado na sentença primeva.

4. "O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...). Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos" (Mauro Nicolau Júnior in "Paternidade e Coisa Julgada. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais". Curitiba: Juruá Editora, 2006).

5. Recurso não conhecido.

(STJ. REsp 234855-MG. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJ de 22-10-2007)

Tal entendimento, revelador da importância da paternidade socioafetiva, também deve ser aplicado aos casos de inseminação artificial heteróloga. Esta técnica de reprodução assistida, por depender da prévia autorização do marido, vem a reforçar o "esvaziamento do conteúdo biológico da paternidade"²⁵⁰, e por isso, e também por depender da vontade, a presunção de paternidade, neste caso, perde o seu caráter relativo²⁵¹.

Visto tal percurso²⁵², que vai da modernidade à contemporaneidade, percebe-se que a noção de paternidade e de filiação (e ainda de maternidade) está

²⁵⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: **Família e Cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 398.

²⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 53

²⁵² A síntese do caminho percorrido pelo Direito brasileiro quanto à relevância dos critérios de estabelecimento de paternidade é oferecida por Luiz Edson Fachin, ao expor que: "O pai pode não ser aquele a quem a lei presuntivamente atribui a paternidade; essa *verdade jurídica*, emergente da presunção *pater is est*, cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico, deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico.

fragmentada. Não se trata mais de uma concepção unitária. Porém, isso não se apresenta como uma falha, ou como um sintoma de uma suposta desagregação da vida social e familiar.

Em síntese, apresentou-se os três critérios que buscam oferecer uma resposta adequada ao estabelecimento da filiação. Em que pese, na contemporaneidade, a existência de um olhar privilegiado²⁵³ sobre o critério socioafetivo, tem-se que não se trata da superação²⁵⁴, ou mesmo de sobreposição ou supremacia, de um critério pelo outro.

Na essência, a verdade, se é que ela existe, ou, no mínimo uma resposta adequada a ser oferecida na determinação da paternidade, só será obtida no equilíbrio entre os três critérios. Um caminho para a busca de equilíbrio²⁵⁵, que não

Porém, a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social". FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 169.

²⁵³ Com relação ao valor que o afeto merece, como elemento de identificação da filiação, valiosa se faz a afirmação de que: "A paternidade passa a ser, na perspectiva da filiação (havido dentro ou fora do casamento) um direito.

Com isso, começa a dominar essa estrutura da família a busca da base real ou biológica da paternidade, a ela subordinando-se a verdade jurídica que até então impunha a alguns uma paternidade fictícia e a outros evitava que se declarasse a verdadeira paternidade em homenagem à visão sacralizada e transpessoal da instituição familiar.

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade.

Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais.

Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz.

O pai já não pode ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança, também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade.

Ao dizer-se que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho". FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 23.

²⁵⁴ Luiz Edson Fachin revela a inexistência de supremacia e para a necessária busca de equilíbrio na aplicação dos três critérios, já mencionados, aptos à estabelecer a paternidade: "as decisões exclusivamente calçadas no 'critério biológico' da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a 'voz do sangue' resta reputado o elemento definidor da relação paterno-filial; paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles derivados do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios do estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro". FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 186.

²⁵⁵ Esta busca de equilíbrio entre os critérios de determinação da paternidade foi realizada no último quarto do século XX no Direito europeu continental. Além da reforma francesa de 1972, e das

será encontrado em respostas prontas, é indicado por Gustavo Tepedino, a partir da já mencionada distinção entre genitor e pais:

No que tange à identidade genética, vista como forma de manifestação da dignidade, têm-se nas ações de estado a expressão processual dessa proteção, devendo-se utilizar três critérios de aferição do vínculo filial, quais sejam, o jurídico, o sócio-afetivo e o biológico, para a um só tempo salvaguardar o conhecimento da origem biológica e temperá-lo diante dos vínculos de afeto construídos na posse do estado de filho.²⁵⁶

O conhecimento da origem genética é um direito de personalidade de cada ser humano. Porém, como já restou analisado, a referida origem não é suficiente para se estabelecer os vínculos entre pais e filhos, ou seja, origem genética não se confunde com paternidade²⁵⁷ (e nem com maternidade). Na contemporaneidade, o afeto é, em regra, o elemento definidor da paternidade, mas com tal afirmação não se quer dizer que o dado biológico não gere consequências jurídicas. Como bem leciona Rodrigo da Cunha Pereira, tem-se que:

Ao contrário, o laço biológico foi e continuará sendo, no campo jurídico, fonte de responsabilidade civil, especialmente para fins de alimentos e sucessão hereditária. Na França, por exemplo, o Código Civil foi alterado neste aspecto para fazer uma distinção da paternidade para fins de subsídio, e como função para aqueles que detêm a 'posse do estado de pai' (art. 311-1 do Código Civil francês).²⁵⁸

alterações nas legislações portuguesa e suíça, Luiz Edson Fachin leciona que: “A reforma belga conjugou a verdade biológica com a verdade do coração, extraída da realidade psicológica e afetiva que deve cercar o estabelecimento da filiação. Buscou alterar a concepção patriarcal marcada por um ideal individualista, vigorante sob a égide do Código Civil de 1804, levando em conta a corrente das transformações havidas em diversos sistemas jurídicos europeus.

Em verdade, sob a reforma teve abrigo uma nova concepção de família, fundada sob a afinidade entre seus membros e na liberdade de escolha, superando, de um lado, a idéia de comunidade de sangue, e de outro, a de investidura social, que revestiam a família e de consequência o estabelecimento da filiação”. FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 94.

²⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 17, ano 5. jan./mar. 2004. p. 4.

²⁵⁷ Magistral a lição de Rodrigo da Cunha Pereira: “Por mais que as leis jurídicas queiram trazer garantias da paternidade através dos registros cartoriais, de investigação de paternidade etc., por mais que seja importante para o filho saber sua origem genética, não há como assegurar, pela via apenas jurídica, a verdadeira paternidade. Esta, como já dito, é muito mais da ordem da cultura que propriamente da biologia ou genética. ‘A paternidade não é apenas um dado: a paternidade se faz’, já disse o grande jurista contemporâneo, Luiz Edson Fachin em seu trabalho ‘A tríplice paternidade dos filhos imaginários’”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In.: **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 584.

Nesta mesma linha, Eduardo de Oliveira Leite, ao realizar um amplo estudo sobre a filiação socioafetiva, a partir da importância social que se deu ao exame em DNA, estabelece a necessária distinção entre genitor e pai. Na busca do equilíbrio, o referido autor não desconsidera totalmente o dado biológico, pois, por mais que o dado genético não seja apto a estabelecer uma relação paterno filial, isso não quer dizer que ele não produza outros efeitos:

Sob esta ótica, a investigação de paternidade resultante do DNA é de um tocante reducionismo pois, se posso obrigar alguém a responder patrimonial (alimentos ao filho nascido) ou pessoalmente (dar nome à criança gerada) por uma conduta indesejada (já vimos que nem sempre o genitor sabe que é pai) não posso obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade indesejada. (...)

Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Por isso, a lei e a justiça não atingem plenamente os interesses da criança quando lhe impõem por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição.

O que as averiguações oficiosas de paternidade revelaram, e de forma inquestionável, é que a imposição de uma paternidade indesejada pode até criar obrigações de ordem pessoal (dar o nome) ou material (pagar alimentos), mas o fundamental, que continua sendo a relação paterno-filial, a efetividade do pós-sentença, não existe, enquanto imposta, enquanto contrária à natureza humana.²⁵⁹

Diante das considerações traçadas acima, descortina-se a necessidade de se dirigir a atenção para o fato de que a valorização do afeto nas relações familiares não repercute, no que diz respeito à filiação, apenas no estabelecimento da paternidade. A maternidade também é afetada pela valorização jurídica conferida ao afeto. Assim, com o princípio da afetividade, relativiza-se a secular certeza da maternidade.

Admitindo-se como verdadeira a afirmação de que se faz necessário distinguir claramente a figura do genitor (ascendente genético) da figura do pai, torna-se também indispensável proceder a distinção entre genitora e mãe. Trata-se de hipótese não muito ventilada pela doutrina, mas que merece um olhar mais cuidadoso. Não se está, aqui, querendo apresentar uma solução para a questão,

²⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In.: **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 580.

²⁵⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 81.

trata-se apenas de levar em consideração a necessidade de se problematizar o assunto.

CAPÍTULO II – Poder familiar

Do estudo das relações de filiação, passa-se agora para a análise do poder familiar. A opção por tal seqüência no estudo não decorre do mero acaso, trata-se, isso sim, de um método que se sustenta no fato de que “a relação jurídica de que se cuida é a paterno-filial, cuja existência é o fato gerador da autoridade parental, bem como de todos os direitos e deveres que lhe acompanham por força de lei”²⁶⁰. Por isso que se aborda, neste trabalho, o poder familiar após o estudo das relações paterno-filiais.

Antes, porém, de se adentrar na temática do conteúdo, do exercício, da titularidade e da nomenclatura do instituto em questão, inicia-se a análise do tema tateando um terreno impregnado de dúvidas e controvérsias: a natureza jurídica do poder familiar. Impende observar que o estudo sobre a natureza jurídica do poder familiar, com as observações, críticas e conclusões que dele decorrem, irá refletir na discussão sobre o termo mais adequado para o instituto, e também nas demais questões que lhes são circundantes.

2.1 Natureza jurídica e aspectos terminológicos

Um primeiro enfoque, mais superficial e apressado, sobre o poder familiar pode induzir o observador a entender que ali, naquele *locus* privilegiado, exista apenas um conjunto de deveres a serem exercidos pelos pais em benefício dos filhos. Trata-se, evidentemente, de uma concepção funcionalista do poder familiar, aonde ele é visto como uma verdadeira via de mão única na qual os únicos beneficiários do exercício de tal poder seriam os filhos.

Aquela concepção funcionalista, por sua vez, é objeto de crítica, pois ela não teria o condão de demonstrar, integralmente, a verdadeira essência que constitui e integra o poder familiar.

²⁶⁰ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 78.

Assim, negando aquela via de mão única, tem-se a vertente que concebe no poder familiar, além dos deveres que são inerentes ao seu conteúdo e que devem ser exercidos no sentido de atender o melhor interesse dos filhos, também o direito subjetivo dos pais em realizarem-se pessoalmente no seu exercício.

Para essa parcela da doutrina, o poder familiar é algo mais complexo, um feixe que veicula, além dos deveres, também direitos subjetivos recíprocos entre pais e filhos, como bem demonstra Luiz Edson Fachin:

Assumindo, como ponto de partida, que os direitos pessoais de família são verdadeiros direitos subjetivos, cabe rejeitar a tendência funcionalista e acatar a lição de LAMARTINE e FRANCISCO MUNIZ, ao citarem Luderitz: 'estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, fiscalizá-la e protegê-la corresponde, também, a necessidades psicológicas dos pais, o que mostra que o pátrio poder lhes é concedido também em seu interesse, e não apenas no interesse dos filhos'.²⁶¹

Neste mesmo sentido é que se aponta o posicionamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que, após afirmar que o Poder Familiar possui a característica de “dever” a ser exercido no sentido de atender o melhor interesse dos filhos, finaliza o seu pensamento expondo que: “Não se pode negar, todavia, que a guarda – bem assim o pátrio poder – pode ser reputada, também, direito subjetivo dos pais, no sentido de atender ao desenvolvimento da sua personalidade por meio da criação dos filhos”.²⁶²

Contudo, esta percepção do poder familiar como uma “via de mão dupla”²⁶³, que busca o amplo desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que integram os dois pólos da relação, não está imune a censuras por parte dos adeptos da corrente funcionalista. Tal crítica fundamenta-se no argumento de que a caracterização do poder familiar (também) como um direito subjetivo, acabaria por relegar a segundo

²⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

²⁶² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 228.

²⁶³ O termo “via de mão dupla” é utilizado por Luiz Edson Fachin, para deixar mais claro a noção de que o poder familiar, decorrente das relações de paternidade e filiação, traz benefícios para os dois pólos da relação. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 264. Tal termo, por sua vez, foi originariamente utilizado pelo jurista português Antunes Varela, com o mesmo sentido acima identificado. VARELA, Antunes. **Direito de Família**. n. 12, I. Lisboa: Petrony, 1982. p. 55.

plano os interesses (existenciais) dos filhos, como procura demonstrar Gustavo Tepedino, quando afirma que:

a autoridade parental, mal enquadrada dogmaticamente na figura do direito subjectivo, acaba por receber atenção doutrinária exclusivamente no que concerne às relações patrimoniais – atinentes à administração de bens e à prática de negócios jurídicos -, ou em seu momento patológico – nos casos de extinção ou suspensão -; perde-se assim de vista sua função mais importante, de natureza existencial, a deflagrar a responsabilidade de ambos os genitores no processo educacional dos filhos, independentemente de quem os tenha em sua companhia.²⁶⁴

Pelos mesmos caminhos desta corrente funcionalista, da qual concede-se a permissão de discordar, pelos motivos que serão posteriormente demonstrados, transitam os ensinamentos de Miguel Reale²⁶⁵, ao lecionar que:

O pátrio poder não é um direito subjectivo sobre os filhos menores. Estes sujeitam-se ao poder paterno nos limites e de conformidade com um quadro de direitos e deveres estabelecido no Código Civil; não no interesse dos pais, mas sim em benefício da prole e da sociedade. Só se pode falar em sujeição dos filhos aos pais enquanto estes se subordinam ao quadro normativo, em razão do qual o pátrio poder é atribuído. Por outro lado, ao poder dos pais não corresponde uma prestação por parte dos filhos, nem aqueles possuem, em relação a estes, uma prestação exigível. Essas estruturas jurídicas, nas quais não há uma relação do tipo pretensão-obrigação, mas sim uma outra do tipo poder-sujeição, têm a denominação imprópria de 'direitos potestativos', que são duas palavras inconciliáveis. Trata-se, em suma, de situações de poder, caracterizadas pela eminência reconhecida a uma das partes ou pessoas da relação jurídica.

Conforme restou demonstrado, a vertente funcionalista nega a qualidade de direito subjectivo a alguns direitos²⁶⁶, dentre os quais se encontra o poder familiar, por

²⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 17, ano 5. jan./mar. 2004. p. 6.

²⁶⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 263-264.

²⁶⁶ Esta perspectiva funcionalista, decorrente de um determinado modo de se compreender o direito subjectivo, pode ser apreciada na seguinte passagem de Carlos Alberto da Mota Pinto: "O *direito subjectivo* pode definir-se como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário). Só se nos depara um direito subjectivo quando o exercício do poder jurídico respectivo está dependente da vontade do titular. O sujeito do direito subjectivo é livre de o exercer ou não. Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada – autonomia, não por se criar um ordenamento a que se fica submetido, como sucede com o negócio jurídico, mas como sinónimo de *liberdade de actuação, de soberania do querer*."

entender que nestas situações, que deveriam estar sob as vestes de um poder-função, “a utilidade do exercício seria toda alheia, não existindo pois, para o titular do direito nenhuma utilidade própria”²⁶⁷.

Cabe assinalar, contudo, que tais críticas, que negam o caráter de direito subjetivo ao poder familiar, não se demonstram apropriadas.

Isto porque, a busca pela natureza jurídica do poder familiar não deve conduzir a uma lógica de exclusão, ou seja, o fato de se admitir que os pais possuam direitos subjetivos nesta relação, de modo algum irá acarretar a negação dos seus deveres para com os seus filhos. Reconhecer que o exercício do poder familiar, na rica relação que se constrói entre pais e filhos, também atende as aspirações, desejos e conduz à realização da personalidade dos pais, não implica na desconsideração de que o objetivo principal em tal relação reside nos interesses dos filhos.

Deste modo, não se pode aquiescer com a conclusão de Ana Carolina Brochado Teixeira, de que ao se compreender o poder familiar também sob as vestes de um direito subjetivo necessariamente estar-se-ia “de acordo com a redução do conteúdo da autoridade parental a meros poderes e prerrogativas, olvidando-se o mais relevante, que é a preservação dos interesses dos filhos”²⁶⁸.

Por isso, é que se apresenta mais apropriada a concepção de poder familiar²⁶⁹ como um “direito subjetivo inerente à condição paterna e materna, ao qual se conectam deveres jurídicos”.²⁷⁰

Por falta desta liberdade de actuação, por existir uma vinculação ao exercício dos poderes respectivos, não são autênticos direitos subjetivos os chamados *poderes-deveres* ou *poderes funcionais* ou <ofícios>, como p. ex., os poderes integrados no poder parental ou na tutela. Estes poderes (do pai, do tutor) não podem ser exercidos *se o seu titular quiser e como queira*, mas devem ser exercidos do modo exigido pela função do direito. Se não forem exercidos quando deveriam sê-lo, ou forem exercidos de outro modo, o seu titular infringe um dever jurídico e é passível de sanção”

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. actual. 12ª reimpre. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 169-170.

²⁶⁷ Ao tecer críticas a corrente funcionalista, exploram os autores a fundamentação de tal vertente. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 27.

²⁶⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 96.

²⁶⁹ Oferecendo uma incisiva crítica aos defensores da concepção funcionalista da Autoridade Familiar, estes que ali enxergam apenas um conjunto de deveres dos pais em relação aos filhos, Luiz Edson Fachin assevera que: “Não há de prevalecer, porém, tal entendimento, já que o instituto não encerra em si apenas deveres do titular, senão direitos subjetivos (e que são

Expõe-se, aqui, de modo compacto, a compreensão que se tem de direito subjetivo com a finalidade de dar sustentação ao caminho que se optou trilhar.

Com o objetivo de pôr um fim na discussão travada entre a teoria da vontade – *facultas agendi*²⁷¹, capitaneada por Windscheid, e a teoria do interesse, que teve como principal expoente Rudolf Von Jhering, a corrente eclética de Georg Jellinek tratou de buscar a conciliação das duas teorias anteriores ao definir o direito subjetivo como “o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer”²⁷².

Interesse, vontade e poder: os elementos do direito subjetivo. No caso dos direitos pessoais de família, especialmente no poder familiar, estão presentes tais elementos, por isso que o referido instituto pode ser visto também como um direito subjetivo. É necessário prestar atenção para o fato de que, o interesse nestas situações, é exercido tanto no interesse próprio dos pais quanto no interesse dos filhos. Para estabelecer essa visão do poder familiar como uma “via de mão dupla”, relevante se faz a análise do seguinte trecho da obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz²⁷³:

recíprocos entre pais e filhos), posto que ao mesmo tempo em que os pais cumpririam seus deveres de zelo, estariam eles beneficiando-se também, uma vez que aos pais é importante elemento de desenvolvimento de sua personalidade ver preservados os interesses de seu filho. Trata-se, pois, de um direito subjetivo e de dever jurídico, ambos contidos no mesmo ato, e não interesses separados”. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 221.

²⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 219.

²⁷¹ Trata-se de expressão latina que, em contraposição com o termo *norma agendi*, serve para delinear a clássica distinção entre direito subjetivo e direito objetivo. Sobre esta distinção, valiosa a lição de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: “Quando falamos em Direito, em sentido objetivo, estamos pensando na ordenação da vida social e no conjunto de regras gerais e abstratas que fazem o conteúdo dessa ordenação. No plano da teoria das fontes, o emprego aqui feito da palavra ‘regra’ não significa uma opção legalista ou positivista: pelo contrário, admitimos não ser a lei a única fonte do Direito, admitimos o caráter de fonte que tem, por exemplo, a jurisprudência e admitimos ainda a existência de fontes não estatais, como é o caso do costume. Mas de todas essas fontes emanam regras que ordenam a vida social. Quando, ao contrário, utilizamos a palavra direito em seu sentido subjetivo, estamos querendo referir-nos a um outro conjunto de realidades, que significam a posição de uma pessoa determinada em face do Direito Objetivo, posição essa que pode ser favorável ao sujeito (e então nós temos a noção de direito subjetivo) ou desfavorável (então surgirá a noção de dever jurídico ou, pelo menos, de sujeição). OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 25.

²⁷² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 257.

Com efeito, a concepção clássica de direito subjetivo, segundo a qual são elementos integrantes do conceito a idéia de poder e a idéia de interesse próprio do titular do poder encontra plena adequação aos direitos pessoais de família. Isso não exclui a relevância peculiar que, em relação a tais direitos, assume a existência de interesse alheio ao do titular do poder e a que o exercício do poder deve servir. Portanto, a idéia de que os direitos pessoais servem a interesses de pessoa distinta da do titular pode e deve ser aceita com uma reserva: a de que o direito pessoal de família também serve a interesse próprio de seu titular.

Nesta linha de raciocínio, faz-se plenamente possível defender que: “O que há de peculiar, portanto, na relação jurídica familiar, é que direitos subjetivos são exercidos e deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever”.²⁷⁴

Para finalizar, no âmbito deste trabalho, o debate sobre a natureza jurídica do poder familiar, nada mais elucidativo do que um trecho retirado do ensaio litéro-jurídico que trata dos “descendentes que não são filhos”, o qual demonstra, com a linguagem que é peculiar à literatura, que as relações paterno-filiais e materno-filiais não são relevantes apenas para os filhos, mas que, além disso, completam a vida dos pais de significado e de alegria, justificando-se assim a compreensão do poder familiar também como um direito subjetivo:

“(...) sob os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, pois, reciprocamente também se devem aos pais respeito e consideração mútuos, assistência moral e material, e aí, nesse ninho, nasceu o filho do filho. O filho nascido edificou o pai, embora já fosse adulto crescido.

(...) um tempo para celebrar o filho nascido, nutrido e crescido que contempla o pai com as cicatrizes inapagáveis do tempo e, nesse momento e dia, ambos se revelaram para além do pretérito, mirando o porvir, e o filho lhe chamou afetivamente de pai e, ao tomar pela mão o pai, fez dele, naquele instante, mais que filho, e o pai, que era um filho sem pai, tornou-se verdadeiramente pai por seu filho, e para sempre. Foi uma luminosa noite de um verdadeiro encontro.”²⁷⁵

Com aquelas palavras, fica evidente que, por mais que os deveres dos pais para com os filhos seja o aspecto mais relevante do conteúdo e do exercício do

²⁷³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 29-30.

²⁷⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 32.

²⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. **As Intermitências da Vida**: O nascimento dos Não-Filhos à Luz do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 30.

poder familiar, isso não retira dos pais o direito subjetivo que possuem, contido em tais relações, com o objetivo de desenvolver também a personalidade destes.

Ultrapassado o obstáculo de analisar a tormentosa questão da natureza do poder familiar, passa-se a analisar a questão da nomenclatura, com o objetivo de visualizar criticamente os termos estabelecidos na legislação (e as suas alterações com o passar dos tempos) e as alternativas oferecidas pela doutrina. Cumpre observar que quando se tratou da natureza jurídica do poder familiar já se tangenciou a problemática a respeito das diversas designações que o poder familiar poderia receber.

Seria possível indagar-se, diante do método tópico sistemático adotado, se não se estaria sendo contraditório ao tratar da questão da nomenclatura.

Explica-se a razão de tal indagação: conforme já foi deixado claro, o método adotado neste trabalho, no qual a busca pela conexão do Direito com a realidade se faz por meio da principiologia constitucional, afasta-se do neopositivismo lógico que se formou a partir do *círculo de Viena*. Tal fato, por seu turno, por mais impróprio que possa parecer, não implica no total desprezo da linguagem.

É preciso buscar um ponto de equilíbrio.

Diante disso, por mais que a compreensão do conteúdo de determinado instituto seja mais importante do que a capa formal ou a linguagem por meio do qual ele se expressa no mundo, por mais correto e evidente que seja o fato de que a hermenêutica jurídica não se reduz à análise da linguagem, por mais que se advogue contra o estabelecimento de molduras prévias, é necessário um mínimo de cuidado com a linguagem.

Os limites temporais deste trabalho estão delimitados pelo arco que compreende a passagem da modernidade para a contemporaneidade. Neste diapasão, a análise do *nomen iuris* do instituto em questão tem início com termo presente no Código Civil de 1916, qual seja, o pátrio poder.

O pátrio poder, deitando suas raízes nas tradições romanas, atendia à família retratada no Código: a família patriarcal, hierarquizada, pratrimonializada e fundada exclusivamente no matrimônio. Trata-se da terminologia clássica para designar o instituto em questão.

Conforme será visto nas seções I e II deste capítulo, ao tratar do conteúdo e do exercício do poder familiar, as transformações sociais introduziram diversas

mudanças no modo de se compreender o “pátrio poder”. Contudo, estas alterações não bastaram para que o termo “pátrio poder” fosse modificado no âmbito do Direito positivado, senão quando da vigência do Código Civil de 2002 em 11 de janeiro de 2003. O termo não foi expressamente utilizado na Constituição Federal de 1988. O Estatuto da Criança e do Adolescente continuou utilizando o termo clássico.

Assim é que o instituto está tratado principalmente nos arts. 1.630 à 1.638 do Código Civil de 2002, sob o nome de poder familiar.

As críticas que a doutrina tecia ao termo “pátrio poder” não cessaram com a sua substituição pela expressão poder familiar. A referida situação ocorre porque se com tal alteração obteve-se o grande êxito de retirado o verniz patriarcal que impregnava o instituto, substituindo-se o “pátrio” pelo “familiar”, em consonância com o princípio constitucional da igualdade²⁷⁶; manteve-se, por sua vez, a expressão “poder”.

A doutrina majoritária, ao tratar do assunto em questão, prega pela inadequação do termo poder. Argumenta-se, para sustentar tal posicionamento, que não se está a tratar de uma relação de poder, de subordinação, mas que na verdade tratar-se-ia mais de um conjunto de deveres dos pais para com os filhos. Tal crítica se faz visível na análise de Paulo Luiz Netto Lôbo²⁷⁷:

O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão ‘pátrio poder’, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

²⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 245.

²⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. p. 1.

Ao discorrer sobre este conjunto de direitos e deveres, Luiz Edson Fachin²⁷⁸ tece uma crítica incisiva ao termo poder, asseverando que “Não se trata de ‘pátrio poder’ nem de poder parental. Inexiste aí poder, há função de autoridade parental, exercida igualmente pelo homem e pela mulher, sob o comando constitucional do parágrafo 5º do artigo 226”²⁷⁹.

Assim, diante das inúmeras possibilidades de expressões aptas a substituir a denominação “pátrio poder” (pátrio dever, poderes e deveres parentais, cuidado parental), a opção preferencial da doutrina brasileira é pelo termo “autoridade parental”²⁸⁰.

Em que pese o brilhante raciocínio que leva à opção do termo “autoridade parental” como o mais apto a expressar a realidade contemporânea e constitucionalizada do instituto, neste trabalho ousa-se divergir da doutrina massivamente preponderante. Opta-se e justifica-se, portanto, o uso do termo poder familiar no âmbito deste trabalho, mas não pelo fato de ter sido esta a nomenclatura prevista no Código Civil de 2002 para designar o instituto.

Os argumentos para tanto, ou seja, que levaram a optar pela utilização do termo poder familiar no âmbito deste trabalho, são os seguintes: i) primeiro, o termo poder, em si, não traduz necessariamente a idéia de submissão ou qualquer outro

²⁷⁸ Em passagem que estabelece crítica ao termo, e tangenciado a temática da natureza jurídica e do conteúdo do instituto, Luiz Edson Fachin leciona que: “A autoridade parental revela um conjunto de circunstâncias que vão informar as características do exercício desses direitos e a assunção de corresponsáveis deveres. Não se trata de ‘poder’, nem propriamente de função. Não há relação de subordinação. É mais que um ‘direito-dever’, expressão híbrida equivocada. (...) Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais”. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 244.

²⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 244.

²⁸⁰ Realizando incursão no Direito comparado, Paulo Luiz Netto Lôbo parte em defesa do termo “autoridade parental” ao afirmar que: “Ainda com relação à terminologia, ressalte-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por ‘autoridade parental’. A França a utilizou desde a legislação de 1970, que introduziu profundas mudanças no Direito de Família, com as alterações substanciais promovidas pela Lei de 4 de março de 2002. O Direito Americano tende a preferi-lo, como anota Harry D. Krause. Com efeito, parece-me que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. ‘Parental’ destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. O termo ‘paternal’ sofreria a mesma inadequação do termo tradicional”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. p. 1-2.

sentido negativo. Em uma perspectiva neutra a termo poder representa a idéia de potência²⁸¹; ii) segundo, acatando-se, como acima restou exposto, a concepção do poder familiar também como um direito subjetivo, não se encontra maiores problemas para defender-se a utilização do termo poder, pois conforme a análise já realizada, o poder é um dos elementos do direito subjetivo; iii) compreende-se o termo poder no sentido de *potentia*²⁸² e não no de *potestad*, como já restou mencionado; iv) tem-se ciência de que o termo *familiar* é inadequado²⁸³, e com isso se concorda, mas opta-se por mantê-lo em conjunto com o termo poder, para não se criar mais uma expressão (poder-se-ia sugerir a expressão poder parental, para se estar de acordo com a linha que aqui se defende) entre as tanta existentes para designar este conjunto de direitos e deveres que existe na relação entre pais e filhos.

A partir das considerações que foram levadas a cabo na presente seção, passar-se-á agora para o estudo de dois temas impregnados pontos dúvidas e questionamentos: o conteúdo e o exercício do poder familiar.

²⁸¹ “E, finalmente, embora o termo ‘poder’ cause estranheza a alguns que o entendem em uma tradição autoritária, não tem ele necessariamente esta conotação. Vários autores têm apontado a inadequação da expressão *poder familiar*, privilegiando *autoridade parental*, ou mesmo *responsabilidade parental*, conforme ocorre em outras legislações. Embora o termo *poder* possa, muitas vezes, ser confundido com o mau uso que se faça, ele, por si só, não é bom nem ruim; embora tenha ligação com a idéia de posse ele implica no exercício de uma função, de uma possibilidade, de uma potência na relação com algum objeto ou com alguém, indissociado aí da qualidade ética, complementar, de dever”. GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada. In: **A Ética da Convivência Familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Coord.: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 105.

²⁸² “Ao longo da evolução das famílias, foram se modificando, na história, as relações de poder do pai, que tinha o poder de vida e de morte sobre os filhos. Temos, atualmente, o denominado Poder Familiar. No entanto, esses poderes fogem, muitas vezes, à sua qualificação de potência para se transformar em um poder usado perversamente. O poder não é, em si, bom nem ruim, a questão está no uso perverso que pode ser feito do poder. Nessa situação é que, então, ocorrem as questões de violência da família”. GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência – a família desmistificada. In: **A família além dos mitos**. Coords.: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 76.

²⁸³ Criticando o termo familiar, presente no Código Civil de 2002, Luiz Edson Fachin afirma que: “A nova expressão, contudo, está eivada de imprecisão, já que o instituto não incide sobre a família, senão apenas sobre os pais, de modo que sua definição pode ser formulada a partir dessa premissa, estipulando-se que se trata de um conjunto de direitos e deveres, relativos à pessoa ou aos bens do menor não emancipado, que incide sobre os pais, que o exercem em igualdade de condições tendo em vista o interesse e a proteção de seu filho”. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 240.

2.2 Conteúdo

O conteúdo do poder familiar, na contemporaneidade, não é o mesmo que aquele presente na família do Código Civil de 1916. Conforme já restou identificado anteriormente, verifica-se que, na travessia da modernidade à contemporaneidade, mudaram consideravelmente as concepções de vida, os valores e a racionalidade, influenciando e influenciados pelas transformações que se operaram na em diversos setores da sociedade.

Tais mudanças não deixaram o Direito, impregnado pela concepção clássica, incólume. O Direito, por meio da doutrina, da jurisprudência e também, mais lentamente, pela legislação, absorveu e incorporou a nova arquitetura social e familiar. Da hierarquia, do eixo patriarcal, do forte caráter transpessoal, da proteção ao patrimônio e de uma determinada moral, que tentavam justificar a defesa da família matrimonializada e que conferiam características próprias ao “pátrio poder”, passa-se para uma nova órbita de valores totalmente diversa, que, frise-se bem, não se reduz a mera alteração formal de nomenclatura.

Contemporaneamente, o poder familiar possui o seu foco voltado para a realização das pessoas, em consonância com a visão eudemonista contemporânea da família. É o reflexo da constitucionalização e da repersonalização do Direito Civil no âmbito da filiação e, conseqüentemente, nas questões relacionadas ao poder familiar. Na atualidade, a igualdade de gênero e aquela existente entre todos os filhos, independentemente da origem, não permite mais as discriminações e o autoritarismo caracterizado na hierarquia ferrenha de outrora.

Assim é que, na releitura do poder familiar que aqui se propõe, ter-se-á em consideração as premissas traçadas na primeira parte do presente trabalho, ou seja, a releitura do instituto passará pela filtragem constitucional, para se verificar o seu atual perfil em conformidade com o Direito Civil-Constitucional.

Ao propor-se realizar a investigação do conteúdo do poder familiar, necessário se faz delimitar qual será a abrangência de tal análise, isso porque o assunto em questão é amplo, englobando tanto o campo pessoal quanto o aspecto patrimonial. Assim é que, proceder-se-á um corte epistemológico para se oferecer relevância, no âmbito deste estudo, apenas ao conteúdo pessoal do poder

familiar²⁸⁴. Não que com isso se desconsidere a existência e a relevância do conteúdo patrimonial²⁸⁵, mas tem-se em conta, de acordo com as premissas adotadas, que o aspecto pessoal, a primazia da pessoa humana, vem em primeiro plano.

O conteúdo pessoal do poder familiar presente, na contemporaneidade, forte vínculo com os direitos fundamentais da criança e do adolescente, os quais possuem como núcleo gravitacional o disposto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Assim, é da norma extraída do referido dispositivo constitucional que se faz possível visualizar o conteúdo mínimo²⁸⁶ do poder familiar: o dever de garantir aos filhos, enquanto crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além dos direitos fundamentais da infância e da juventude previstos na norma supramencionada, bem como aqueles previstos nos diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que detêm fundamentalidade material, os direitos fundamentais da criança e do adolescente também estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) e na Declaração sobre os

²⁸⁴ A mesma opção, em termos metodológicos, foi adotada por Ana Carolina Brochado Teixeira na elaboração de sua dissertação: “Em face da diretriz personalista assumida pelo Direito, priorizou-se, no presente estudo, o aspecto existencial do instituto, não obstante ele abarque, também, características patrimoniais, como se constata da leitura do Código Civil. É pertinente ressaltar que a seção III do Código Civil de 1916, que abordava o pátrio poder relativo aos bens dos filhos, foi suprimida. O tratamento do assunto, também inerente ao poder familiar, ocorreu, no Código Civil de 2002, no título destinado ao Direito Patrimonial, na forma do subtítulo II, com a denominação ‘Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores’, com apenas algumas mudanças”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3.

²⁸⁵ Neste sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka faz a ressalva de que: “Sem se despreocupar completamente das questões patrimoniais decorrentes das relações familiares – e existentes justamente em função destas relações – o direito de família contemporâneo tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais deste ramo das relações humanas, com a preocupação primordial de reconhecer à família a condição de locus privilegiado para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos (sujeitos de direito) mais completos e psiquicamente melhor estruturados”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. In: **A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131.

²⁸⁶ Este conteúdo mínimo é denominado por Paulo Luiz Netto Lôbo de “conteúdo básico do poder familiar”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar**. p. 2.

Direitos da Criança de 1989, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua ratificação pelo Decreto n.º 99.710/90 e cujos direitos ali previstos alcançam a fundamentalidade em razão do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, conforme se teve a possibilidade de demonstrar com maiores detalhes na segunda parte deste trabalho.

Com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, as relações paterno-filiais e materno-filiais, bem como o poder familiar que decorre de tais relações, apresentam-se como o modo privilegiado de cumprir tais objetivos, sem descuidar da necessária interface com a sociedade e com o Estado. Sobre o papel que a relações entre pais e filhos exerce na concretização dos direitos fundamentais dos filhos, Ana Carolina Brochado Teixeira é incisiva ao afirma que: “a relação parental é o modo prioritário, em regra, de assegurar-lhes a experiência de tais direitos, tendo em vista que o relacionamento familiar é a primeira experiência do menor com o outro, principalmente, com os pais. É a experiência primeira da alteridade”²⁸⁷.

Assim, as normas extraídas dos art. 229 da Constituição Federal de 1988²⁸⁸, art. 1.634 do Código Civil de 2002²⁸⁹; art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹⁰, que giram em torno dos deveres de assistência, criação e educação dos filhos, possuem, em última análise, o objetivo primordial de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Contudo, com isso não se quer dizer que

²⁸⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A Disciplina Jurídica da Autoridade Parental. In: **Família e Dignidade Humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Org. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 106.

²⁸⁸ CF/88. Art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

²⁸⁹ CC/2002. Art. 1634. “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I – dirigir-lhes a criação e educação;
II – tê-los em sua companhia e guarda;
III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro pai não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V – representá-los, até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI – reclamá-los de que ilegalmente os detenha;
VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

²⁹⁰ ECA. Art. 22. “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

os pais não possuem direitos nesta relação²⁹¹, que, como se viu na seção anterior, caracteriza-se como uma “via de mão dupla”.

Os deveres de assistência, criação e educação dos filhos menores não emancipados, previstos no art. 229 da Constituição Federal, representam a essência do conteúdo²⁹² do poder familiar. São noções amplas, quase que como cláusulas abertas, que em si englobam praticamente todos os outros deveres²⁹³, inclusive os deveres de sustento e guarda.

²⁹¹ Sem descuidar de que, além do desenvolvimento da personalidade dos filhos e da efetivação dos seus direitos fundamentais, o exercício do poder familiar também proporciona a plena realização da personalidade dos pais, Silvana Maria Carbonera indica que: “Consoante a dicção pós-constitucional do instituto, além das atribuições indicadas, os pais têm o direito à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal, concretizado nos cuidados e educação dos mesmos.

Paralelo a estes aspectos pessoais específicos, decorrentes da condição de pai e filho, estão assegurados a estes um conjunto de direitos fundamentais, explicitados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que não só vinculam os pais como a sociedade compreendida em sua totalidade”. CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 75-76.

²⁹² Para ampliar o conhecimento sobre o conteúdo do poder familiar, Ana Carolina Brochado Teixeira realiza uma incursão pelo direito comparado, na qual analisa o Direito italiano e o Direito português: “os principais direitos do filho para o ordenamento italiano são o sustento, assistência moral, educação e instrução segundo as próprias capacidades, inclinações e aspirações do menor. Estes são direitos fundamentais de solidariedade que correspondem ao interesse essencial desse ser humano em receber ajuda e orientação necessárias à sua formação. Os principais aspectos da autoridade parental encontram-se nos arts. 147, 148, 316, 317 e 317-bis do Código Civil Italiano.

O Direito português estabelece que cabe aos pais, no interesse dos filhos, velar pela sua segurança e saúde, sustentá-los, dirigir sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar seus bens. A opinião dos filhos também assume relevância à medida que vão adquirindo maturidade, em assuntos familiares importantes. Os genitores devem reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida (art. 1.878º, n. 1 e 2 do Código Civil Português). Além disso, cabe aos pais, de acordo com suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral do filho (art. 1.885º, n. 1 do Código Civil Português)”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 131.

²⁹³ Ao verificar os deveres que cabem aos pais nas relações entre pais e filhos, previstos no art. 1.634 do Código Civil, Luiz Edson Fachin faz a análise do conteúdo do poder familiar sob o prisma das normas constitucionais: “Alguns deveres são estipulados aos pais no ordenamento jurídico quanto à pessoa do filho menor não emancipado, quais sejam: a) dirigir-lhe a criação e educação, provendo-lhe material e moralmente, fornecendo-lhe educação na medida de sua capacidade, para que o filho quando adulto, possa ter meios de conviver harmoniosamente em sociedade, bem como de manter-se; b) tê-los em sua companhia e guarda, mesmo que os pais estejam separados judicialmente. c) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, embora esse consentimento possa ser suprido por decisão judicial; d) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; e) representá-los (trata-se de uma representação impropriamente dita), até os dezoito anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f) reclamá-los de que ilegalmente os detenha, salvo quando os pais o mantinham em lugar prejudicial à sua saúde, ou, ainda, quando lhes descuidam; g) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 242-243.

Os filhos submetidos ao poder familiar são sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais que devem ser concretizados, por meio da ação conjunta de todos os atores sociais, com absoluta prioridade. No desempenho dos diversos deveres que incumbem aos pais, percebe-se um denominador comum, que sintetiza em um único elemento a cognição do amplo conjunto de elementos que compõem o conteúdo do poder familiar, qual seja: o dever de cuidado.

Para a jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor “o essencial do conteúdo do poder paternal consiste nos cuidados cotidianos a ter com a saúde, a segurança e a educação da criança, através dos quais esta se desenvolve intelectual e emocionalmente. O conceito de cuidado é, assim, o centro da relação entre pais e filhos”.²⁹⁴

Tal posicionamento já era apresentado, com antecedência, no Brasil, pelo jurista Francisco José Ferreira Muniz, que, ao analisar os deveres que cabem aos pais de assistência, criação e educação (art. 229 da Constituição Federal de 1988) dos filhos menores, verifica que o eixo das relações entre pais e filhos gira em torno da idéia de proteção. Deste modo, o referido autor declara que: “A função do poder paternal é, portanto, assegurar os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade do filho, o que compreende, também as necessidades psicológicas dos pais e a um profundo enriquecimento de suas vidas”²⁹⁵.

No mesmo sentido é a doutrina de Tânia da Silva Pereira²⁹⁶, que ao discorrer sobre “*O Cuidado como Valor Jurídico*” encontra no termo cuidado o fator capaz de aglutinar em si os deveres que cabem aos pais, previstos na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil (bem como nos instrumentos internacionais).

A concentração de todos os deveres dos pais para com os filhos na noção cuidado bem representa o espaço adquirido pelo afeto, na contemporaneidade, nas relações entre pais e filhos. Trata-se da irradiação dos efeitos e da aplicação imediata do princípio da afetividade em todos os quadrantes do Direito de Família, especialmente nas relações paterno-filiais.

²⁹⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 23.

²⁹⁵ MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1988. p. 94.

²⁹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 58-72.

Evidencia-se uma questão importante, a partir do art. 1.638, inciso I, do Código Civil de 2002, ou seja, se o conteúdo do poder familiar abrangeria ou não o dever de correção dos pais, e portanto, se seria possível ou não o castigo moderado.

Neste debate, Maria Clara Sottomayor posiciona-se totalmente contrária a qualquer espécie de castigo, negando assim um dever de correção dos pais. Entende a referida autora, a partir da dignidade humana e em uma hermenêutica que se demonstra compatível com os direitos fundamentais, que os pais, para estabelecerem limites aos filhos, não devem castigar, mas sim educar. No direito de educação não existe espaço para a agressão, como bem demonstra a autora:

o direito de castigo não faz parte do conteúdo do poder paternal e a insistência da jurisprudência, em considerar este direito uma causa de exclusão de ilicitude, mais não significa do que um vestígio cultural da antiga patria potestas do Direito Romano, que criou um entendimento das relações pais-filhos como relações de domínio. O direito dos pais educarem os filhos não abrange o direito de os agredir, de ofender a sua dignidade, integridade física e psíquica ou liberdade. Se nós os adultos não temos o direito de nos castigar uns aos outros quando erramos, e qualquer adulto erra e precisa de aprender, porque haveremos de ter o direito de castigar as crianças?²⁹⁷

Resta claro, portanto, que na família contemporânea, fundada no afeto e distante²⁹⁸ da concepção patriarcal, não resta espaço para o ranço oitocentista representado pelo castigo, seja imoderado ou moderado. Agressões e castigos não se confundem com educação e imposição de limites.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, uma releitura do poder familiar a partir do filtro constitucional não pode admitir o castigo, em nenhuma das suas formas de manifestação.

²⁹⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens**: a função dos juízes sociais. Coimbra: Almedina. p. 48.

²⁹⁸ Sustentando a impropriedade do chamado direito de correção, Maria Clara Sottomayor afirma que: “Julgamos preferível a utilização da expressão direito de educação para definir o conteúdo do poder paternal, pois, o direito de correção constitui uma expressão típica da família patriarcal hierarquizada em função do gênero, em que o homem era o chefe da família. Com a Reforma de 1977, a família concebida pelo Código Civil passa a ser a família democrática, participativa, baseada na igualdade dos seus membros e o poder de correção é substituído por um direito-dever de educação dirigido à criança no seu todo, como pessoa dotada de um certo grau de auto-determinação, compatível com a sua idade”. SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 102.

Como resquício do antigo pátrio poder, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo “moderado” dos filhos. O Código Civil, ao incluir a vedação do castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer. Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. A detenção em situações desarrazoadas é manifestamente castigo imoderado, ou crime de cárcere privado. Note-se que a Constituição (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigo que violem a integridade do filho.²⁹⁹

A não aceitação da imposição de castigos não conduz, necessariamente, ao caos e ao desregramento nas relações entre pais e filhos. A “crise de autoridade” em diversas relações não decorre da ausência de castigo, mas sim da ausência de limites. Novamente salienta-se que castigos e agressões não se confundem com educação e imposição de limites. Esta temática da “crise de autoridade” nas relações entre pais e filhos será melhor trabalhada ao final da próxima seção, quando abordar-se-á o exercício do poder familiar.

Nesta seção, ao se tratar do conteúdo do poder familiar, um elemento vem a tona: a guarda. Elemento que, conforme já restou vislumbrado, está previsto como integrante do conteúdo do poder familiar tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto no Código Civil.

Ao tomar-se a guarda como objeto de estudo, necessário se faz proceder a análise na perspectiva dúplice que o objeto em questão apresenta, ou seja: i) a guarda como um elemento do poder familiar, tanto na hipótese em que os pais convivem quanto nas situações de não convivência dos pais, mesmo que, nesses casos, a atribuição da guarda a um dos pais se faça por intermédio de decisão judicial; ii) a guarda de forma autônoma, não tendo origem na autoridade parental, podendo ser atribuída a terceiros³⁰⁰.

²⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 282.

³⁰⁰ “AÇÃO DE GUARDA – INTERESSES DO MENOR – PRESERVAÇÃO – ESTUDO SOCIAL – CONSTATAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA. Em sede de ação de guarda, é imprescindível a

Esta forma de se enxergar a guarda é muito bem destacada por Silvana Maria Carbonera, quando afirma que, de fato, “a guarda, examinada no atual contexto das relações jurídicas de família, apresenta uma certa autonomia que permite vislumbrá-la tanto como uma atribuição da autoridade parental, da tutela e da adoção, como de forma deles destacada”.³⁰¹ Feita essa observação, a autora passa a expor, em detalhes, os motivos pelos quais tal perspectiva dúplice da guarda se faz necessária:

A guarda será legal quando amparada em lei, surgir de forma imediata, prescindindo de qualquer intervenção judicial para que possa ser concretizada. Esta modalidade assenta basicamente na relação paterno-filial, cujo vínculo jurídico de parentesco tem sua representação formal feita através de uma certidão de nascimento. É compreendida, então, como um atributo da autoridade parental, decorrente da relação de filiação, exercida naturalmente pelos pais.

Assim sendo, esta se faz presente quando a guarda em tela está relacionada à autoridade parental em pleno exercício bem como diante de estabelecê-la judicialmente a um dos genitores, desde que tais situações tenham tido origem na referida autoridade.

Em situações onde a inexistência ou o fim da união dos genitores exige decisão para estabelecer a guarda do filho a um deles, a intervenção judicial surge como um elemento secundário, que não descaracteriza a modalidade legal, mas somente atribui o seu exercício exclusivo.

A guarda decorrente de decisão judicial tem sua esfera de atuação delimitada como que por exclusão: terá lugar quando for imprescindível a intervenção do julgador para decidir sobre o excepcional estabelecimento da guarda de uma criança ou adolescente fora de sua família de origem, mesmo que exista um conflito entre o genitor, ou genitores, e um terceiro, tendo como objetivo principal assegurar que os interesses daqueles sejam atendidos.³⁰²

Quanto à temática da guarda nas situações de pais que não convivem, informa-se que tal assunto será objeto de estudo na próxima seção, dada as peculiaridades que se apresentam.

Para finalizar, tem-se que o não cumprimento de tais deveres por parte dos pais, deixando desprotegidas as crianças e os adolescentes ao não concretizar os

observação dos interesses do menor, os quais devem ser preservados. Deve ser mantida a guarda com a avó se os elementos colacionados ao processado, em especial, o estudo social realizado, não têm o condão de autorizar a modificação da situação em que bem se encontram os menores. Recuso a que se nega provimento.
(TJMG. Ação Civil nº 1.0470.05.022450-5/001. Rel. Des. Kildare Carvalho. Dj de 27-11-2007)

³⁰¹ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 45.

³⁰² CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 50-51.

seus direitos fundamentais, seja por falta, omissão ou abuso, dará ensejo a aplicação de medidas de proteção, que poderão implicar, inclusive, na suspensão ou perda do poder familiar. Neste momento não se deterá nas particularidades desta questão, que envolve o momento patológico do poder familiar, pois trata-se de tema a ser aprofundado em seção posterior.

2.3 Exercício

No que diz respeito ao exercício do poder familiar, o legislador infraconstitucional recebeu os ares benfazejos dos princípios constitucionais, que alcançam e penetram por toda a hermenêutica jurídica bem como o ordenamento. O princípio da igualdade, estabelecido na Constituição Federal de 1988, que possui caráter normativo e por isso apresenta aplicabilidade imediata (e que por si só alçou o exercício do poder familiar a um novo patamar), inspirou a formulação do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com os ensinamentos de Denise Damo Comel, tal alteração consolida, no âmbito da legislação infraconstitucional, a igualdade entre os pais e a direção diárquica da família, que se reflete no exercício do poder familiar:

a retirada do pátrio poder dos limites estreitos da sociedade conjugal e da filiação passível de reconhecimento para estendê-lo a todo e qualquer pai, mãe e filho, indistintamente. Isso porque, apesar de a Constituição Federal ter estabelecido a igualdade de tratamento entre o homem e a mulher, bem assim a igualdade absoluta entre todos os filhos, proibidas quaisquer discriminações, até então a legislação infraconstitucional somente se referia ao pátrio poder no casamento, e somente a certos e determinados filhos.³⁰³

Constata-se, a partir da releitura do instituto pelo filtro constitucional, que o exercício do poder familiar também sofreu os impactos das transformações sociais e culturais que se deram no transcorrer do século XX. Tais alterações refletiram-se na legislação, que se antes privilegiava o exercício praticamente exclusivo do poder familiar pelo pai, com fundamento na unidade de direção, passa gradativamente a

³⁰³ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: RT, 2003. p. 47.

ressaltar a importância da mulher/mãe no objetivo de buscar a igualdade de gênero com a consagração na Constituição Federal de 1998 da direção diárquica da família.

O exercício do poder familiar, tanto no Direito brasileiro pré-codificado³⁰⁴ quanto na codificação de 1916, era exclusivo do marido, o poder do homem como expressão do patriarcado, sendo a mulher afastada para o âmbito da incapacidade. As verdadeiras revoluções culturais e sociais ocorridas no arco histórico que vai da modernidade à contemporaneidade foram, lentamente, absorvidas pela legislação.

Assim, a direção unitária pelo marido prevista no art. 380³⁰⁵ do Código Civil de 1916, no qual o exercício da mulher era apenas supletivo, ou seja, apenas atuava na falta ou impedimento do marido, vem a ser alterada com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), mais precisamente pela norma contida no art. 27 do referido Estatuto.

Do poder diretivo único do marido, passa-se, com o Estatuto da Mulher Casada, à titularidade conjunta e ao exercício do poder familiar pelo pai com a colaboração³⁰⁶ da mulher. Em que pese a tentativa de mitigar os aspectos despóticos do poder familiar e do poder marital, manteve-se, em última análise, a atribuição do poder familiar exclusivamente ao marido, ou seja, permaneceu intacta a unidade de direção. Isso porque, inseriu-se a disposição de que, em caso de divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar, estava garantida legalmente a prevalência da vontade do pai. Esta análise crítica é muito bem formulada pelos juristas José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, ao afirmarem que:

³⁰⁴ A situação das mulheres brasileiras, principalmente no âmbito das relações familiares, no período anterior ao Código Civil de 1916, é muito bem retratada por Marcos Alves da Silva, que, ao apontar a influência do Direito Romano e do Direito Português na racionalidade jurídica brasileira, afirma que: "Prevalecendo nas Ordenações a tradição romana, a mulher ocupava, no grupo familiar, posição análoga à do filho-família, pois também era *alieni iuris*. Logo, não poderia assumir o 'pátrio poder' sobre os filhos menores, mesmo com a morte do marido. Somente com o Decreto de 24 de janeiro de 1890, que à mulher viúva foi concedido o direito de exercer o 'pátrio poder', enquanto não contraísse novas núpcias". SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 42.

³⁰⁵ O art. 380 do Código Civil de 1916, antes da redação dada pela Lei n.º 4.121/62, possuía a seguinte redação: Art. 380. "Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher".

³⁰⁶ CC/1916. Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único: Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência".

Essa prevalência da vontade marital, em caso de desacordo entre marido e mulher (embora admitida a interferência judicial a pedido da mulher), foi a mesma solução adotada pela Lei 4.121 para a hipótese de divergência no exercício do pátrio poder (parágrafo único do art. 380 do C.C.B.) e corresponde à prevalência dada ao princípio da unidade familiar sobre o princípio da igualdade. Na feliz observação de MOSCARINI, soluções desse tipo tornam vã a afirmação da igualdade entre marido e mulher.³⁰⁷

Foi com o advento do princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres que o exercício do poder familiar passou a ter titularidade e exercício conjuntos, em igualdade de condições, entre os pais. Como visto, tal norma constitucional inspirou Estatuto da Criança e do Adolescente e posteriormente o Código Civil de 2002. Com relação ao novo Código Civil, é necessário apontar para o retrocesso, verdadeiro equívoco do legislador em vincular, na norma prevista no art.1.631³⁰⁸, o exercício do poder familiar ao estado civil ou à relação existente dos pais, como bem aponta Denise Damo Comel ao criticar a “redação do artigo do Código Civil, que peca por não dar a exata compreensão de que o poder familiar compete a todo e qualquer pai e mãe, independentemente, como já se observou, da relação estabelecida entre eles”.³⁰⁹

Percebe-se, diante das alterações legislativas que foram brevemente expostas e que nada mais refletem do que os resultados colhidos pelas lutas travadas pelas mulheres no decorrer do século XX, em busca da realização pessoal, profissional e principalmente pela igualdade, que a mulher conquistou³¹⁰ o direito subjetivo inerente ao poder familiar.

Assim, ao se negar ao poder familiar a sua caracterização, também, como direito subjetivo dos pais, se estará negligenciando toda uma luta em busca da igualdade e da liberdade travada pelas mulheres. Se assim se proceder, serão desconsiderados os avanços que as reivindicações de milhões de mulheres trouxeram à condição feminina. Não se pode esquecer que, em oito de maio de

³⁰⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1988. p. 333.

³⁰⁸ CC/2002. Art. 1.631. “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar ao pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

³⁰⁹ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 86.

³¹⁰ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

1911, em Nova Iorque, cento e quarenta mulheres que lutavam por reconhecimento de direitos perderam a vida no incêndio que consumiu a fábrica da *Triangle Shirtwaist*. Os feitos econômicos, sociais, políticos e culturais obtidos pelas mulheres durante o século XX não podem ser desconsiderados.

Uma posição como aquela desconsidera o fato de que as mulheres lutaram para efetivamente exercerem (e conseguirem que o Direito reconhecesse tal situação), entre outros direitos, o poder familiar em igualdade com os homens.

Pois bem, o poder familiar compete a todo e qualquer pai e mãe. Aqui, retomam-se os critérios de estabelecimento da filiação supracitados (jurídico, biológico e socioafetivo), bem como a necessária distinção entre ascendente genético e pai (e entre ascendente genética e mãe), para se definir quem são esses pais e essas mães. No *tractatus*, um dos elementos definidores da posse de estado de filho, noção alavancadora da filiação socioafetiva, há uma forte conexão com o exercício do poder familiar.

Neste contexto, o exercício do poder familiar, além de um dever decorrente da condição paterna, torna-se também, ele mesmo, elemento apto à determinação da própria paternidade, uma vez que o exercício do poder familiar encarna o elemento *tractatus* da posse de estado de filho/pai/mãe. Por isso, Maria Clara Sottomayor afirma que: “O critério prevalecente na regulação do poder paternal não é o vínculo biológico da paternidade ou maternidade, mas a relação afectiva da criança com os adultos que assumiram de facto responsabilidade por ela”.³¹¹

No exercício do poder familiar um elemento aparece com relevo: o conflito. Os conflitos de interesses, no exercício do poder familiar, apresentam inúmeras facetas. Apenas para exemplificar, tem-se que eles podem se dar: i) em relação aos pais, entre si, mesmo quando da constância da sociedade conjugal ou da união estável; ii) em relação aos pais entre si quando estes não convivem juntos, seja pelo fato de estar desfeita a união estável, o casamento, ou mesmo dos pais que nunca conviveram entre si; iii) das hipóteses anteriores pode-se avançar para o exercício do poder familiar nas famílias recompostas³¹², bem como nas famílias

³¹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: a função dos juízes sociais**. Coimbra: Almedina. p. 56.

³¹² Para uma análise do exercício do poder familiar no âmbito das famílias reconstituídas, ver: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 118-128. GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias Reconstituídas. In: **Direito de**

simultâneas³¹³, nas quais a possibilidade de conflitos também é latente; iv) tem-se, ainda, a possibilidade de conflitos entre pais e filhos.

Alerta-se para o fato de que, dada a complexidade de hipóteses que a vida real apresenta, insuscetíveis de regulamentação prévia em tipos fechados, o presente trabalho não se deterá especificamente nas particularidades de cada um dos *backgrounds* aonde se dá o exercício do poder familiar. A dissertação que ora se apresenta não tem a pretensão de esgotar o assunto, uma vez que cada uma das hipóteses dá ensejo à elaboração de estudos próprios.

O que se pretende, aqui, é apresentar as grandes linhas para a resolução dos conflitos decorrentes do exercício do poder familiar. O fio condutor de tal intento encontra-se no princípio do melhor interesse da criança.

Entende-se que o referido princípio não deve guiar apenas a atuação do juiz, quando os conflitos batem às portas do Poder Judiciário. O ideal seria que os conflitos, que invariavelmente vão ocorrer, nem chegassem ao Estado Juiz. O ideal seria que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente fosse absorvido, como norma interna (no campo da subjetividade, mas distante do subjetivismo, como se verá) pelos pais, os quais se guiariam, no tratamento diário com os seus filhos, no âmbito das decisões e das ações que repercutem na vida destes, pelo princípio em questão.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve guiar o exercício do poder familiar em todas as situações. Em todos os momentos, seja nos assim chamados momentos normais, bem como nas situações patológicas.

Nas situações ditas normais, os pais, nas relações diárias com os seus filhos, devem buscar, em harmonia, o melhor interesse da criança em todos os seus atos e decisões. Quando os pais não convivem, também é o referido princípio que deve reger o exercício do poder familiar.

Já nas situações patológicas, ou seja, em qualquer hipótese de conflito a ser solucionado extrajudicialmente (coloca-se em evidência a importância da mediação

Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) Rio de Janeiro: Imago, 2003.

³¹³ Nesta temática, remete-se o leitor para: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Famílias Simultâneas:** da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 174-181

familiar) ou no âmbito do Poder Judiciário, é o melhor interesse que aponta o caminho para a resolução de tais impasses.

Dentre estas últimas hipóteses, para além dos conflitos aonde os direitos fundamentais das crianças não são violados, ocorrem as situações em que há o desrespeito aos referidos direitos. Caracteriza-se situação em que, os pais, no exercício do poder familiar vêm a cometer abusos. Cabe aos pais, primordialmente, estabelecer o modo como os seus filhos serão criados. Porém, trata-se de um exercício vigiado, pela sociedade e pelo Estado, e assim, na hipótese de suspeita de violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o Poder Judiciário poderá ser acionado para que, se confirmadas as suspeitas de violação ou de sua possibilidade, adote as medidas cabíveis.

Em princípio, podemos afirmar que o nosso Sistema Jurídico autoriza os pais a criarem seus filhos da maneira que lhes pareça a mais apropriada. São livres de fazê-lo como quiserem. São responsáveis por sua alimentação, vestuário, educação, saúde e lazer. Cabe-lhes definir os parâmetros da educação que pretendem dar, conforme seus próprios modelos e dentro de sua opção cultural.

O exercício do Pátrio Poder deve ser no sentido de agir no interesse da criança. Ainda que haja um colapso familiar ou que os pais não cheguem a um acordo sobre a maneira de criar seus filhos, não deve o Estado, em princípio, intervir nessa disputa.

Essa interferência somente deve ocorrer quando existir violação dos Direitos Fundamentais da criança e/ou adolescente e conseqüentes danos sociais, morais e materiais. Esgotadas todas as possibilidades de entendimento e de apoio extrajudicial, o Sistema de Justiça deve atuar como árbitro desta disputa privada. Nesta hipótese, os questionamentos devem estar centrados na criança.³¹⁴

Quanto à determinação do conteúdo do melhor interesse, tem-se que tal perquirição, não obstante a ausência de padrões fixos, não está relegada ao subjetivismo. Com restou visto no capítulo em que se tratou especificamente do princípio em questão, existe um núcleo conceitual (identificado nos direitos fundamentais da criança e do adolescente) apto a garantir uma direção, no mínimo segura, na busca do que seria o princípio em questão.

De acordo com Gustavo Tepedino, a densidade normativa do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é alcançada: “associando-o à dignidade da pessoa humana e à função paterna prevista no art. 277, *caput*, da

³¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Coord. PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48–49.

Constituição da República”³¹⁵. O que se busca, com o exercício do poder familiar, esse verdadeiro regime de proteção dos filhos, é a garantia dos interesses destes, os quais estão representados nos direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme consta da lição que se extraí das palavras de Pietro Perlingieri:

O exercício do Pátrio Poder se concentra exclusivamente no interesse do menor. Interesse existencial, mais que patrimonial, que deve ser individuado em relação às circunstâncias concretas, no respeito à historicidade da família. Na individuação desse interesse, a avaliação do juiz, vista aqui, como em nenhuma outra hipótese, como um ‘juízo de valor’, deve ser expressa com prudência e equilíbrio, identificando-se na situação de fato, à luz de valores não-subjetivos e arbitrários, mas sim, emergentes do personalismo constitucional.³¹⁶

Em que pese optar-se por esta visão um pouco mais distanciada, uma análise a partir da macroestrutura, tem-se que, invertendo o dito popular, ao olhar-se a floresta não nos esquecemos da planta. Por isso, serão realizadas rápidas incursões em dois temas, que pelas suas peculiaridades, demandam essa aproximação: i) o exercício do poder familiar dos pais que não convivem; ii) conflitos entre pais e filhos no exercício do poder familiar.

2.3.1 Exercício nas situações de pais que não convivem

Em um primeiro momento, parte-se para o estudo do exercício do poder familiar nas hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável, ou mais amplamente, nos casos em que os pais não mais convivem. O ponto central, aqui, é a norma prevista no art. 1.632 do Código Civil de 2002, prevendo que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não modificam as relações entre pais e filhos, salvo quanto ao direito dos pais de terem em sua companhia os filhos.

³¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Prefácio à obra de: VENCELAU, Rose de Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. II.

³¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 259.

Em essência, tal norma representa a idéia, dotada de grande carga humana, de que “se os pais se separam, os pais não devem se separar dos filhos”.³¹⁷

Porém, a interpretação do alcance da referida norma é objeto de divergências na doutrina brasileira. Assim, dependendo do caminho trilhado, as conseqüências serão diversas, principalmente com relação à análise da guarda compartilhada.

De um lado, parte da doutrina entende que quando os pais que viviam unidos (exercendo em conjunto o poder familiar) deixam de conviver, ambos continuam na titularidade³¹⁸ do poder familiar, mas que, invariavelmente, vem a ocorrer uma diminuição ou até mesmo uma supressão da possibilidade de exercício por parte do pai que não detém a guarda³¹⁹. Por esse itinerário singra a doutrina de Silvana Maria Carbonera, ao afirmar que, na hipótese de separação, divórcio ou dissolução da união estável:

O que se verifica é uma divisão de atribuições no que diz respeito ao exercício de alguns direitos, com a manutenção integral da titularidade da autoridade parental.

Trata-se, pois, da concreta possibilidade de dissociar guarda e autoridade parental, sem que a exclusiva atribuição da primeira a um dos genitores ou terceiros implique necessariamente na perda ou suspensão da segunda, mas sim na restrição de seu exercício.³²⁰

Dando continuação ao raciocínio supracitado, a autora sustenta que: “Por conseguinte, infere-se que a atribuição judicial exclusiva da guarda do filho a um dos

³¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 117.

³¹⁸ Quanto à titularidade do poder familiar, uma observação se faz extremamente necessária: na contemporaneidade, uma vez que as crianças são alçadas à condição de sujeitos de direitos, não se pode mais dizer que apenas os pais são titulares do poder familiar. Os filhos (crianças e adolescentes), assim como o pais, também são titulares de direitos. Neste sentido é a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo: “Quando o Código Civil se refere ao poder familiar dos pais não significa dizer que estes são os únicos titulares ativos e os filhos sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspondentes. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 272.

³¹⁹ Para tal perspectiva, ou seja, entendendo pelo fracionamento do exercício do poder familiar nas hipóteses de separação dos pais, ver: SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 59-77.

³²⁰ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 82-83.

genitores, ou a terceiro, não afeta a titularidade da autoridade parental, mas tão somente aspectos de seu exercício”.³²¹

É a partir deste entendimento, ou seja, de que nas situações de separação do casal o exercício do poder familiar seria afetado, diminuído ou até suprimido, com relação ao pai ou a mãe que não fica com a companhia da criança, que se dá grande importância à temática da guarda. Nesta perspectiva, o pai ou a mãe que não ficariam com a guarda sofreriam em verdadeiro esvaziamento do exercício do poder familiar.

Assim, fortes são os debates sobre as modalidades³²² de guarda e sobre qual se demonstra mais adequada para atender o melhor interesse dos filhos menores não emancipados, nos casos de não convivência dos pais: i) guarda unilateral; ii) guarda compartilha; iii) guarda alternada; iv) guarda de um terceiro.

A segunda corrente doutrinária, por sua vez, coloca a questão da guarda em uma perspectiva crítica. Isso porque, para tal corrente, a partir da norma extraída do art. 1.632 do Código Civil de 2002, a atribuição da guarda a um dos pais, nas hipóteses de rompimento dos laços de afeto entre eles, não tem o condão de diminuir a seja titularidade seja o exercício do poder familiar. Neste sentido manifesta-se Ana Carolina Brochado Teixeira:

No Brasil, o art. 1.632 do CCB/02 estabelece que as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, ou seja, tanto a titularidade quanto o exercício da autoridade parental não sofrem modificações. A única mudança limita-se ao direito de um dos pais ter seus filhos em sua companhia – é claro que a referência é à companhia permanente, pois a criança tem o direito fundamental à convivência familiar, mediante a qual o filho tem o direito de conviver com o genitor guardião.³²³

Neste mesmo sentido, ao distinguir o ordenamento jurídico brasileiro do ordenamento francês e italiano, é a afirmação de Gustavo Tepedino:

³²¹ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 84.

³²² Para um panorama as diversas modalidades de guarda vê: CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 148-153. Com ênfase na guarda compartilhada, ver: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.

Ao contrário de ordenamentos da família romano-germânica em que, com a separação judicial ou o divórcio, o exercício da autoridade parental pode ser atribuído pelo juiz exclusivamente ao titular da guarda, no sistema brasileiro a dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado poder familiar.³²⁴

Tal análise não fecha os olhos para a realidade. Compreende-se, muito bem, que a não convivência entre os pais traz alguns obstáculos “naturais” à realização plena das relações entre pais e filhos. Essa constatação é evidente, principalmente quando os pais colocam os seus interesses frente ao melhor interesse dos filhos. Porém, tal fato não conduz à conclusão de que ocorre uma perda de parcela do poder familiar do pai ou mãe que não possui a guarda. As palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira conduzem-nos para a adequada constatação de que: “Embora, muitas vezes, a convivência paterno-filial seja prejudicada com a separação dos pais, não há a diminuição do alcance da autoridade parental”.³²⁵

A partir dos caminhos traçados pela segunda corrente doutrinária, que advoga pela manutenção do exercício e da titularidade do poder familiar a ambos os pais nas hipóteses de separação, torna-se possível estabelecer com mais clareza a distinção entre o poder familiar e a guarda. Deste modo, tais noções, tidas ordinariamente como sinônimas, não se confundem.

Conforme já restou verificado na seção anterior, quanto tratou-se do conteúdo do poder familiar, a guarda pode ser analisada sob duas óticas, ou seja, como elemento integrante do conteúdo do poder familiar e de forma autônoma a ele. O fato de se considerar a guarda como parcela do conteúdo do poder familiar não conduz à confusão entre as duas noções. Ana Carolina Brochado Teixeira adverte-nos para a atenção de se deve dar a tal diferenciação, ao afirmar que: “é necessário investigar o verdadeiro conteúdo da autoridade parental para diferenciá-la do instituto da guarda – sem ignorar que esta compõe a estrutura do poder familiar”.

A guarda, a partir desta perspectiva, revela-se “um *minus* em relação ao compartilhamento do exercício da autoridade parental”³²⁶, como bem demonstra Gustavo Tepedino.

³²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 17, ano 5. Jan./mar. 2004. Ed. Padma. p. 43.

³²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 107.

Em conformidade com a posição de que o poder familiar (na sua titularidade e exercício) não se altera pelo fato dos pais não mais conviverem, a importância que se procura conferir à guarda se mostra mais adequada a outros ordenamentos jurídicos (Itália, França antes da Lei 305/2002 e mesmo após, Portugal)³²⁷ aonde, com a separação, o poder familiar não é exercido pelo pai não exerce a guarda.

A guarda compartilhada busca garantir o direito fundamental da continuidade da convivência familiar. A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, ao alterar os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 inseriu formalmente a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando, assim, prática que já era comum nos foros de família. Contudo, tendo em vista a particularidade do direito brasileiro, em que a poder familiar dos pais não se altera com a separação ou o divórcio, faz-se imprescindível uma releitura crítica da guarda em nosso ordenamento, repensando assim o seu alcance no Direito brasileiro contemporâneo:

A convivência, neste íterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone. Portanto, a finalidade da guarda compartilhada já estaria resguardada pelo Código Civil, através do dispositivo supracitado e que vai de encontro também do princípio da igualdade entre os pais.³²⁸

Neste contexto, uma vez verificada a hipótese de rompimento da convivência entre os pais, o poder familiar continuará sendo exercido por ambos os pais. Trata-se da expressão maior do princípio da igualdade, bem como da garantia do direito fundamental à convivência familiar. Assim, é possível concluir, com Rodrigo da Cunha Pereira, que se “em nosso ordenamento jurídico o poder familiar

³²⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma. p. 47.

³²⁷ Para o estudo do tratamento jurídico conferido à guarda e ao poder familiar no Direito Comparado, ver as obras de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira: TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma. p. 33-49. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 112-118.

³²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 135.

é exercido pelo pai e pela mãe, independentemente de estarem juntos ou separados e diante do princípio da igualdade, não há mais necessidade de se continuar falando em duas categorias: guardiões e pais visitantes”.³²⁹

Este posicionamento, que defende o exercício conjunto da autoridade parental, tanto na constância da união dos pais quanto nas situações em que eles não mais convivem, que eclipsaria o instituto da guarda, também encontra respaldo na esfera de outros saberes. A partir da psicologia, uma vez que nenhuma ciência encontra-se em compartimentos hermeticamente fechados, Leila Maria Torraca de Brito afirma que:

A exemplo do que foi decidido em outros países, podemos abolir o termo guarda, mantendo apenas a expressão poder familiar. Caso o termo guarda seja necessário, este deve estar acompanhado do adjetivo 'conjunta', facilitando a interpretação da igualdade entre pai e mãe, assim como a indicação de um amplo contato da criança com ambos os genitores.³³⁰

Ao se dar relevância ao exercício conjunto do poder familiar, proporciona-se um repensar sobre a guarda, se alcance, cabimento e relevância³³¹ no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Não se pretende apresentar uma conclusão sobre o tema, é óbvio. Quer-se apenas, na medida do possível, problematizar a questão em conformidade com os pressupostos adotados neste trabalho.

2.3.2 Conflitos entre pais e filhos

A segunda situação que se propõem verificar, diz respeito aos casos de conflitos de interesses entre pais e filhos, quando os pais estão no exercício do poder familiar.

³²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 151.

³³⁰ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004. p. 365.

³³¹ De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, o “real mérito da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da co-participação parental na vida dos filhos”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 110.

A tratar-se dos conflitos entre pais e filhos, duas possibilidades devem ser aventadas.

Primeira possibilidade: Em que pese partir-se da presunção de que o determinado pelos pais, ao conduzirem a criação e educação dos seus filhos, criança e adolescente, é o melhor para estes, deve-se ter ciência de que esta presunção muitas vezes se demonstra equivocada.

Ao exercerem os poder familiar os pais podem estar afastando-se do melhor interesse da criança, e tal possibilidade é reconhecida pelo ordenamento jurídico na seguinte hipótese: o que os pais, quando não mais convivem, estabelecem em acordo, pode não ser o melhor para a criança, por isso que o Poder Judiciário pode negar a homologação do referido acordo no que diz respeito à guarda da criança e do adolescente. Deste modo, se há a possibilidade de não se encontrar o melhor interesse dos filhos nas situações de não convivência dos pais, esta possibilidade também existe quando os pais convivem.

Segunda possibilidade: a vontade dos filhos³³², por si só, pode não representar o melhor para eles. Ta situação é prevista por Maria Clara Sottomayor, razão pela qual, na resolução dos conflitos, não se deve adotar irresponsavelmente apenas o que a criança quer. A vontade dos jovens deve ser levada em consideração, mas sempre em cotejo com outros elementos aptos a demonstra o melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto.

Pensamos que o julgador não pode fundamentar a sua decisão exclusivamente na vontade do menor, afastando, com a aplicação de um critério que parece absolutamente correto, a sua responsabilização pela decisão. Antes, pelo contrário, está obrigado a utilizar os seus poderes de investigação para se informar acerca de outros factores relevantes para a decisão.³³³

Neste contexto, surge a probabilidade da ocorrência de conflitos entre pais e filhos. Inúmeros são os desencontros de interesses em potencial, nas relações paterno-filiais, no que diz respeito ao exercício dos deveres de criação e educação.

³³² “O melhor interesse da criança é algo que não pode ser definido *a priori*. Também se deve levar em conta que o melhor interesse da criança ‘pode nem sempre coincidir com aquilo que a criança quer’, como assevera Andrew Bainham: ‘Its overriding duty is to do what is best for the child and that may not coincide with what the child wants’”. FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 183.

³³³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 99.

Tais conflitos fogem da alçada meramente jurídica e tomamos ciência da insuficiência do Direito para regular todas as situações. O Direito não dá conta da complexidade presente na vida real.

Em que pese tais considerações, é preciso ter como certo que o princípio do melhor interesse da criança aponta as grandes linhas a serem seguidas na tentativa de compor os conflitos em questão, verdadeiras hipóteses de colisão de direitos e deveres fundamentais³³⁴.

A busca do melhor interesse da criança e do adolescente, que conduz a uma verdadeira supervalorização da infância e da juventude, evidentemente é muito sadia. Porém, como tudo na vida, o excesso pode gerar problemas colaterais

Por isso, tendo em vista tais problemas, é preciso prestar atenção para dois fenômenos perceptíveis e complexos: i) os pais super-protetores; ii) a crise de “autoridade”, que em decorrência do giro de 180° decorrente da passagem da criança da condição de objeto para a situação de sujeito de direito, transformaram alguns pais em verdadeiros reféns de seu(s) filho(s), este(s) verdadeiro(s) “tirano(s)”.

Quanto ao primeiro fenômeno, tem-se que, no intuito de proteger as crianças do mundo verdadeiramente violento que está aí, os pais operam uma verdadeira blindagem na vida dos filhos: as crianças e adolescentes não têm voz para nada, os pais lhes tolhem todas as possibilidades de escolhas. Essa criação dos filhos em uma “redoma de vidro”, tem o efeito contrário do pretendido, pois ao impedir que os filhos tenham experiências reais (com alegrias, frustrações), acaba tornando os filhos inaptos para viver em sociedade³³⁵.

³³⁴ Dois casos de conflitos entre pais e filhos são analisados em profundidade por Ana Carolina Brocado Teixeira: i) o dever de vigilância dos pais em conflito com o direito à intimidade dos filhos; ii) o dever de vigilância dos pais em conflito com o direito à liberdade dos filhos. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 195-215.

³³⁵ Trata-se de um fenômeno que não é recente, sendo que na década de 30 (do século XX) essa falta de preparo dos filhos para a vida prática, decorrente de uma determinada forma de se “educar” os filhos, já era objeto de análise crítica: “Nisso, a pedagogia científica da atualidade segue rumos precisamente opostos ao que preconizavam antigos métodos de educação. Um dos seus adeptos chega a observar, por exemplo, que a obediência, um dos princípios básicos da velha educação, só deve ser estimulada na medida em que possa permitir uma adoção razoável de opiniões e regras que a própria criança reconheça como formuladas por adultos que tenham experiência nos terrenos sociais em que ela ingressa. ‘Em particular’, acrescenta, ‘a criança deve ser preparada para desobedecer nos pontos em que sejam falíveis as previsões dos pais.’ Deve adquirir progressivamente a individualidade, ‘único fundamento justo das relações familiares’. ‘Os casos freqüentes em que os jovens são dominados pelas mães e pais na escolha das roupas, dos brinquedos, dos interesses e atividades em gerais, a ponto de se tornarem incompetentes, tanto social como individualmente, quando não psicopatas, são demasiado freqüentes para serem

Em relação ao segundo fenômeno, tem-se que tal realidade, de inversão de papéis nas relações de filiação, se faz tão presente em nossa sociedade, que chegou-se ao ponto de um programa de televisão denominado Super Nanny (Super Babá), um verdadeiro *reality show* que “ensina” aos pais as “técnicas” para impor respeito perante os seus filhos desordeiros, fazer um grande sucesso de audiência.

Tal fato demonstra a complexidade do tema do exercício do Poder Familiar e também revela que o Direito não dá conta de tudo.

Neste sentido, valiosa é a observação de Ana Carolina Brochado Teixeira, indicativa para o fato de que:

o que se percebe atualmente é uma crise de autoridade, pois os pais não estão conseguindo ocupar este ‘lugar’ de ascendência. Ao que parece, estão no pólo oposto ao que estavam no começo do século XX, em que o autoritarismo ainda preponderava. A criação dos filhos era feita sem muitos questionamentos, em moldes similares à criação que receberam de seus pais. Era um conhecimento implícito e valorativo que atravessava gerações. Não havia dificuldades em dizer ‘não’ pelos genitores e a obediência filial era um imperativo familiar.

Houve uma subversão nesta hierarquia de valores. Muitos pais não conseguem exercer uma relação dialogal com os seus filhos e manter sua autoridade. Pensam que ambas as situações são opostas entre si, o que não é verdade. Por conseguinte, não conseguem exercer os seus deveres de limitar e corrigir, formando pessoas em completa dissonância com a realidade social, com o mundo que enfrentarão fora do ambiente doméstico. Muitos filhos tornam-se verdadeiros tiranos dos próprios pais, exatamente porque lhes faltam limites.

Ao invés de ocuparem seu lugar de autoridade, os pais vivem inseguros, com receio de traumatizarem seus filhos e inibirem sua criatividade. A relação é complexa, pois, envolve amor e responsabilidade de formação da pessoa, aliado ao receio de que esta ‘tarefa’ de criação possa não ser acertada. Com isso, tornam-se permissivos em momentos em que era preciso assertiva e firmeza.³³⁶

Cumprе enfatizar que, diante da crise de “autoridade” não se está advogando o retorno ao modelo patriarcal e hierarquizado, que predominou na racionalidade clássica presente nos códigos da modernidade, como solução para tal problema.

ignorados.’ E aconselha: ‘Não só os pais de idéias estreitas, mas especialmente os que são extremamente atilados e inteligentes, devem precaver-se contra essa atitude falsa, pois esses pais realmente inteligentes são, de ordinário, os que mais se inclinam a exercer domínio sobre a criança. As boas mães causam, provavelmente, maiores estragos do que as más, na acepção mais generalizada e popular destes vocábulos’”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 143.

³³⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 151.

O que se procura é conciliar a autoridade com a democracia no interior das relações familiares. Em síntese, os pais, detentores do Poder Familiar, precisam abandonar o “medo” e ter sempre presente que a noção de limite é ínsita à própria constituição de família e à tarefa de criar e educar seus filhos.

É evidente que se está ciente de que o Direito não oferece respostas prontas³³⁷ para todas as indagações que se apresentam no complexo e fatigante (e apaixonante) exercício diário do Poder Familiar, como por exemplo: em qual escola deve o filho estudar; será que é melhor o filho se dedicar ao vôlei ou ao futebol, ou quem sabe à ginástica olímpica; qual destino nestas férias será mais enriquecedor para a vida de meu filho, dentre milhares de outras questões que se podem apresentar. E, para algumas destas questões, nem mesmo uma resposta (no plano jurídico) é possível de ser dada.

Mesmo assim, é possível traçar os vetores fundamentais, as verdadeiras diretrizes do exercício do Poder Familiar, a serem analisadas em cada caso concreto, mediante a interpretação da norma pelo filtro dos princípios constitucionais.

³³⁷ E nem poderia ser assim, pois tal raciocínio seria incoerente com o método tópico e sistemático, embasado na tábua axiológica de índole constitucional, que aqui se sustenta.

3 CAPÍTULO III – Condicionamento substancial do poder familiar à efetivação dos direitos fundamentais dos filhos

Ao se rejeitar a corrente funcionalista, quando se tratou da natureza jurídica do poder familiar, optou-se por compreender o instituto em questão como um conjunto de deveres que os pais exercem em benefício dos filhos, mas também como direito subjetivo dos pais, ou seja, o poder familiar como uma “via de mão dupla”, conforme mencionado em diversas oportunidades no decorrer deste trabalho.

Assim é que, em consonância com o pressuposto adotado, não se pode concordar com os posicionamentos que enquadram o poder familiar na categoria de um instrumento³³⁸ apto a promover a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

É evidente que o principal objetivo do exercício do poder familiar é a efetividade dos direitos fundamentais dos filhos menores enquanto não emancipados. E com isso, obviamente se está de pleno acordo, conforme restou claramente exposto no desenvolvimento do presente trabalho.

Não se discorda, aqui, com a questão de fundo (a busca da concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente), a divergência reside, isso sim, é com a questão de forma (o poder familiar como um poder funcional).

A concepção do poder familiar como um poder funcional foi refutada por Luiz Edson Fachin, em passagem reveladora da verdadeira natureza jurídica do poder familiar, que não despreza os interesses dos filhos e nem a realização da personalidade dos pais: “Seara própria para direitos subjetivos de família, sob a titularidade recíproca de pais e filhos, numa visão coordenada bilateral, na qual

³³⁸ “Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre os genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrentes dos Princípios da Paternidade e Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao fundamento de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 131.

direitos subjetivos se conectam com deveres jurídicos, e por isso mesmo não há um “direito-dever” nem “pátrio-dever”, menos ainda poderes funcionais”.³³⁹

Assim é que, alterando a questão de forma (que não é apenas de forma, pois a compreensão de um modo ou de outro leva a caminhos diversos), conclui-se que, na busca da efetividade dos direitos fundamentais dos filhos, o exercício do poder familiar não é um instrumento, mas que continua sendo aquele conjunto de direitos e deveres, que por sua vez é condicionado substancialmente à concretização dos direitos fundamentais dos filhos menores não emancipados.

Procura-se sustentar, em conformidade lógica com as premissas adotadas no corpo do trabalho, principalmente buscando coerência com a posição de que o poder familiar também é um direito subjetivo dos pais, que não se trata de funcionalização do poder familiar. O que se tem, é o condicionamento substancial do poder familiar (tanto no que diz respeito ao seu conteúdo quanto ao seu exercício) à efetivação plena dos direitos fundamentais dos filhos.

Contudo, considerando a própria condição da criança e do adolescente como pessoas em fase de desenvolvimento, a proteção com absoluta prioridade que lhe é conferida pela Constituição, o princípio do melhor interesse, os ditames da doutrina da proteção integral, e também a concepção do poder familiar como uma “via de mão dupla”, tem-se que da contraposição dos direitos dos pais frente aos direitos dos filhos, a prioridade será dada aos direitos da criança e do adolescente, como bem demonstra Maria Clara Sottomayor:

O poder paternal não visa unicamente, como assinalam alguns autores, tutelar o interesse do menor, mas também o interesse da auto-realização dos pais enquanto pais (...). Note-se, contudo, que apesar de reconhecermos a relevância do interesse dos pais, no caso de não haver coincidência entre este interesse e o do filho, prevalece este último.³⁴⁰

Mediante o condicionamento substancial do poder familiar à efetivação dos direitos fundamentais dos filhos, busca-se (sem esquecer-se do princípio da cooperação, a envolver Estado, sociedade e família) um modo de garantir a fruição dos direitos de pais e filhos, neste processo dialógico que é a

³³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 265.

³⁴⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 77 – 78.

paternidade/maternidade/filiação, de modo que tenhamos todos “êxito nessa travessia entre a promessa discursiva e a prática emancipadora, na comunhão da teoria e da práxis na efetivação prospectiva da Constituição brasileira”³⁴¹.

³⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 9.

4 CAPÍTULO IV – Alternativas jurídicas frente à irresponsabilidade parental

Os pais, no exercício do poder familiar (e também na falta deste), podem vir a descumprir os seus deveres, acarretando assim a não concretização dos direitos fundamentais dos filhos (crianças e adolescentes).

Na hipótese da ação, omissão ou falta dos pais se constituírem em ameaça ou em efetiva lesão aos direitos fundamentais dos petizes e jovens, a sociedade e o Estado devem agir (a intervenção do Estado e da sociedade, contudo, não ocorre apenas de modo repressivo, nas situações em que os pais falham; mas também de modo preventivo e promocional dos direitos da criança e do adolescente, conforme será objeto de posterior análise), mediante a aplicação de medidas de proteção, como bem expõe Lucia Maria Teixeira Ferreira:

A criança não é mais objeto da intervenção da família e do Estado, mas sim titular de direitos, sujeito de direitos, os quais devem ser respeitados, principalmente pelos pais. Se descumprem seu papel, os pais devem ser fiscalizados pela sociedade e pelo Estado e devem ser submetidos às medidas pertinentes, a fim de prevenir a ocorrência de ameaça ou a violação aos direitos dos filhos. As medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis estão previstas no art. 129, incisos I a X, do Estatuto da Criança e do Adolescente e podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar (incisos I a VII) e pela autoridade judiciária (incisos I a X).³⁴²

As medidas aplicáveis os pais estão previstas nos dez incisos do art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴³, e vão desde a “capacitação” dos pais ao exercício da paternidade responsável até, mais drasticamente, à suspensão ou

³⁴² FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: **O melhor interesse da criança**. PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 200_. p. 294.

³⁴³ ECA. Art. 129. “São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:
I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos;
III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
VII – advertência;
VIII – perda da guarda;
IX – destituição da tutela;
X – suspensão ou destituição do pátrio poder”.

destituição (perda) do poder familiar. A aplicação das sete primeiras medidas de proteção é, também, da competência do Conselho Tutelar³⁴⁴. Já a perda da guarda, a destituição da tutela e a suspensão ou destituição do poder familiar são de competência exclusiva do Poder Judiciário.

A suspensão e a perda do poder familiar são as consequências mais graves da irresponsabilidade parental. O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que elas se darão apenas mediante decisão judicial, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, e também na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do mesmo Estatuto, ou seja, os deveres de sustento, guarda, educação e cumprimento das decisões judiciais no interesse dos menores.

Em uma interpretação conforme a Constituição, os deveres que descumpridos dão ensejo à suspensão e perda do poder familiar não são apenas aqueles previstos na legislação civil e no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma interpretação em conformidade com o art. 229 da Constituição Federal, o centro unificador do conteúdo do poder familiar, que remete à idéia de cuidado e do poder familiar como um regime de proteção, conduz a um resultado mais amplo e uma garantia maior das criança e adolescente contra qualquer ação, omissão ou abuso que implique em falta de cuidado e leva à violação dos seus direitos fundamentais.

A suspensão e a perda do poder familiar estão disciplinadas, no Código Civil de 2002, nos arts. 1.637³⁴⁵ e 1.638³⁴⁶, respectivamente. A inovação do novo Código

³⁴⁴ Para um estudo do Conselho Tutelar como elemento de participação democrática da sociedade na causa da criança e do adolescente, ver o seguinte artigo: PEREIRA, Elisabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: **O Melhor Interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 551-574.

³⁴⁵ CC/2002. Art. 1.637. “Se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão”.

³⁴⁶ CC/2002. Art. 1.638. “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I – castigar imoderadamente o filho;
II – deixar o filho em abandono;
III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

consiste em inserir a perda do poder familiar como forma de sua extinção, deste modo o art. 1.635³⁴⁷ promove a unificação das hipóteses de extinção e perda do poder familiar.

A tutela, como instituto sucedâneo do poder familiar, pressupõe a prévia extinção deste nas suas formas naturais, ou, ainda, a sua suspensão ou perda (esta última também como forma de extinção) por meio de decisão judicial. Assim, a tutela mostra-se apta, também, a tentar garantir os direitos fundamentais das criança e adolescentes que foram vítimas de abusos ou omissões de seus pais.

Em linhas gerais, busca-se, por meio da colocação da criança e do adolescente em família substituta, seja pela guarda, tutela ou adoção, preservar e concretizar os direitos fundamentais destes jovens, especialmente com relação ao direito fundamental à convivência familiar. Silvana Maria Carbonera afirma, com relação à colocação em família substituta, que: “Em linhas gerais, verificam-se tais hipóteses quando inexistir titular da autoridade parental ou, diante de sua existência, houver ele incorrido em omissão, abuso ou conduta que possa colocar o filho em situação incompatível com seu melhor interesse”.³⁴⁸

Em que pese o nome aparentemente pejorativo, ou, que no mínimo passa colocá-la em um grau inferior à “original” quando analisada superficialmente, não é disso que se trata quando se refere à família substituta. Esta família pode se constituir (e muitas vezes efetivamente constitui-se) na verdadeira família para as criança e adolescente que foram vítimas de maus-tratos, abusos (das mais diversas ordens: físicos, psíquicos, sexuais), omissões. A família, como se viu, é um elemento cultural, e por isso, na contemporaneidade, é construída com fundamento em uma base muito sólida: o afeto.

Para além das consequências supramencionadas, um novo tema vem batendo às portas dos Tribunais e ali, como na doutrina, é objeto de grandes

Quanto ao estudo crítico do inciso I deste artigo, ou seja, com relação à possibilidade ou não da aplicação de castigos (moderados ou imoderados), remete-se o leitor ao capítulo da segunda parte deste trabalho, aonde se tratou do conteúdo do poder familiar

³⁴⁷ CC/2002. Art. 1.635. “Extingue-se o poder familiar:

- I – pela morte dos pais ou do filho;
- II – pela emancipação nos termos do art. 5º, parágrafo único
- III – pela maioridade;
- IV – pela adoção;
- V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

³⁴⁸ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 57.

controvérsias: o abandono afetivo e a pretensão de reparação pecuniária como sua consequência.

O Poder Judiciário começou a enfrentar esse assunto muito recentemente, e os julgamentos não revelam uma uniformidade de entendimento. Valendo-nos do poder de síntese de Paulo Luiz Netto Lôbo, serão apresentados os três casos paradigmáticos e precursores do assunto no Brasil: demandas ajuizadas em Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, cada uma com um desfecho próprio:

Três casos levados ao Judiciário marcaram a discussão sobre o tema. Primeiro caso (MG): Até 6 anos, o autor – que ingressou com a ação após a maioridade – manteve contato regular com seu pai. Após o divórcio dos pais e nascimento da irmã, fruto de um novo relacionamento conjugal do pai, este se afastou definitivamente do filho, ainda que lhe pagando 20% de seus rendimentos líquidos, passando a tratá-lo com ‘rejeição e frieza’, inclusive em datas simbolicamente importantes, como aniversários, formaturas e aprovação em vestibular. Com fundamento nesses fatos e no art. 227 da Constituição; ingressou com ação por danos morais, julgada improcedente em primeira instância. O Tribunal de Justiça de origem acolheu apelação do filho, decidindo que ‘a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana’, fixada a indenização em 200 salários mínimos. O pai recorreu ao STJ (REsp 757.411-MG, 2005) que, reformando a decisão recorrida, por maioria entendeu que ‘a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária’. Argumentou o relator que o cumprimento injustificado do dever de guarda, sustento e educação dos filhos leva à perda do poder familiar, como a mais grave pena civil a ser imputada a um pai; o voto vencido considerou que a perda do poder familiar não interfere na indenização por dano moral. Segundo caso (RS): juiz condenou em 2003 um pai a pagar igualmente 200 salários mínimos à filha porque ‘a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-affirme’. A sentença transitou em julgado, por ter havido revelia. Terceiro caso (SP): o juiz condenou em 2004 um pai a pagar indenização no valor de R\$ 50.000,00 por danos morais e tratamento psicológico da filha. O pai a abandonou com poucos meses de vida, quando se separou da mãe para constituir nova família. A jovem abandonada sentiu-se rejeitada e humilhada em razão do tratamento frio dispensado a ela pelo pai, especialmente por todos serem membros da colônia judaica, ‘crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade’, submetendo-se, por isso, a tratamento psicológico.³⁴⁹

Diante de certos pressupostos é possível justificar a pertinência da indenização por abandono afetivo. Na doutrina pátria muitas são as vozes a

³⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 284.

fundamentar a possibilidade de indenização ao filho por abandono afetivo. Aqui, colhe-se a afirmação de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Diante dessa realidade fática, cabe a nós pensarmos se haveria alternativas jurídicas para reverter a irresponsabilidade parental. A doutrina e a jurisprudência são vacilantes quando ao cabimento da responsabilidade civil nessas hipóteses, tendo em vista o risco de monetarizar as relações afetivas. Entretanto, em muitos casos, apenas a perda do poder familiar é insuficiente para a efetiva proteção da criança e do adolescente e corrobora a irresponsabilidade parental. A responsabilidade civil aparece, nesta situação, como uma alternativa para tutelar o filho agredido, abandonado ou castigado.³⁵⁰

Além de todas as possibilidades acima anunciadas, a irresponsabilidade parental também pode repercutir na esfera penal. Dado o objetivo e as limitações do presente trabalho, este assunto não será aqui desenvolvido.

Em que pese a importância daqueles elementos (suspensão e perda do poder familiar; indenização por abandono afetivo; responsabilidade criminal), verifica-se que todos eles atuam após ocorrido o dano aos filhos, ou ainda na iminência dele ocorrer.

É preciso buscar, em parceria com os demais atores sociais, a conjugação de esforços para garantir, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, também por meio de uma atuação preventiva. O foco deve ser o seguinte: evitar a violação dos direitos fundamentais dos filhos.

De acordo com o princípio da cooperação, estabelecido no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a família, a sociedade e o Estado são responsáveis pela concretização e pela defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Em que pese a propensão normal de se verificar a família como o ambiente privilegiado³⁵¹ para proporcionar o desenvolvimento da criança e do

³⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Haveria alternativas jurídicas frente à irresponsabilidade parental? In. **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**. nº 50. Ano 8. maio/junho 2008. p. 6.

³⁵¹ “Como a família é o núcleo principal da sociedade e o melhor ambiente para o aperfeiçoamento e crescimento infanto-juvenil, entendemos que os primeiros e mais eficazes passos para a proteção da criança e do adolescente compreendem as medidas de reestruturação e preparação das famílias. Também, comprovam as estatísticas que os casos de abandono e violência contra crianças e adolescentes são provocados, geralmente, pela falta de condições psíquicas, morais e econômicas dos pais. Portanto, educar e fortalecer a família é o ponto-chave para se proteger e educar os filhos e, conseqüentemente, reverter o dramático quadro em que se encontram as crianças e adolescentes abandonados, violentados, desamados, enfim, carentes das condições essenciais para crescerem e se realizarem como indivíduos e cidadãos”. FIRMO, Maria de

adolescente, constata-se que nenhuma das bases deste tripé protetivo (família, sociedade, Estado) é mais importante do que a outra. É preciso ter como certo a afirmação de que nada adianta o esforço de parcela dos envolvidos, se um dos elementos vier a falhar no cumprimento dos seus deveres.

Com relação à interdependência existente entre os três elementos supramencionados, valiosa é a constatação realizada por Horkheimer e Adorno:

Seja como for, parece que os elementos atuantes na família, num sentido positivamente humano, como condições de autonomia, liberdade e expressão, não poderiam ser eternizados com a simples eliminação do que neles foi superado. É ilusório pensar que se possa realizar uma família de pares e iguais numa sociedade em que a humanidade não é autônoma e na qual os direitos humanos ainda não tenham sido realizados numa medida mais concreta e decisiva que a atual. É impossível manter a função protetora da família e eliminar o seu aspecto de instituição disciplinar, enquanto tiver de proteger os seus membros de um mundo em que é inerente a pressão social, mediata ou imediata, e que, necessariamente, terá de transmiti-la a todas as suas instituições.³⁵²

Assim é que, sociedade e Estado devem trabalhar em conjunto com a família – leia-se aqui pais, ou ainda pai ou mãe na família monoparental, para que busquem soluções integradas e voltadas à concretização do direito à vida, à educação, à saúde, e aos demais direitos fundamentais das crianças. A família não pode “trabalhar” sozinha, os pais não conseguirão (ou sofrerão muito pra conseguir) cumprir seus deveres se o Estado não desenvolve e não aplica políticas públicas voltadas à infância e a juventude, e se não houver a participação da sociedade civil organizada.

De acordo com Alberto Vellozo Machado, os investimentos estatais e sociais em relação à família se fazem imprescindíveis, “aparelhando-a para fornecer a formação primeira aos seus filhos”.³⁵³

Continuando a insistir no tema da atuação preventiva, coloca-se a questão de que, em algumas situações que já ocorreram violações dos direitos das crianças, é possível realizar esforços para “melhorar” os pais (mesmo que suspendendo

Fátima Carrada. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 154.

³⁵² HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Temas Básicos da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 147.

³⁵³ MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 194.

temporariamente o Poder Familiar) incluindo-os em programas de auxílio, ao invés de se proceder a mera suspensão ou perda do poder familiar.

É evidente que as particularidades de cada situação apenas serão analisadas no caso concreto, e a opção entre uma ou outra diretriz também vai depender do assessoramento que o juiz terá da equipe multidisciplinar. Por isso é necessário um olhar cuidadoso sobre cada caso levado à exame.

Tal perspectiva é compartilhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois como já se viu, das dez medidas de proteção aplicadas aos pais, sete destinam-se a “aparelhar-los” ao cumprimento dos deveres para com seus filhos e ao exercício da paternidade responsável. São medidas que contam com programas oficiais e comunitários de ajuda, proteção e orientação. Ainda, para reforçar ainda mais o foco na busca da prevenção³⁵⁴ (mesmo que já tenha ocorrido alguma violação) e também na recuperação, cabe o argumento de que a suspensão e a perda do poder familiar são as medidas mais graves, utilizadas como última alternativa. Neste sentido, Pietro Perlingieri comprova a relevância da atuação do princípio da cooperação, ao afirmar que:

É indispensável que o interesse do menor se realize não apenas com a intervenção do juiz, mas sobretudo com uma organização da comunidade, através de instituições pluralisticamente entendidas, idôneas para construir suportes destinados a realizar uma intensa atividade de colaboração e prevenção que facilite o cumprimento das complexas tarefas familiares e contribua a remover os obstáculos que mesmo de fato impeçam sua atuação.³⁵⁵

Para demonstrar a passagem da “punição” para a prevenção e recuperação, Alberto Vellozo Machado, com respaldo na doutrina de Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, informa que o Código Civil de 1916, frente aos casos de irresponsabilidade parental, não buscou alternativas ao respaldo e garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente fora da restrita opção entre a suspensão e a cassação do “pátrio-poder”.

³⁵⁴ O art.23 do Estatuto da Criança e do Adolescente é revelador da sua diretriz preventiva e colaboradora. Art. 23. “A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”.

³⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 259.

É preciso deslocar o foco do problema. É necessário que se passe da mera punição dos pais faltosos para a prevenção de qualquer lesão aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes por parte dos pais. E, quando atividade preventiva se demonstrar ineficiente, é preciso que o Magistrado verifique, com a máxima atenção e cuidado (inclusive assessoria de equipe multidisciplinar), se não é melhor investir na “capacitação” e “aparelhamento” dos integrantes da referida família, especialmente nos pais, do que optar pela destituição do poder familiar.³⁵⁶

Demonstrando que o Poder Judiciário e o Ministério Público perceberam essa mudança de rumo, no que diz respeito à proteção dos direitos das crianças e adolescentes no âmbito das relações entre pais e filhos, Gustavo Tepedino revela o seguinte:

O legislador especial preocupou-se com a função promocional do direito, prevendo, ao lado das sanções repressivas a serem aplicadas em casos extremos, medidas de educação e estímulo aos pais, visando à assunção de suas responsabilidades, próprias da autoridade parental. Assim é que o Ministério Público e a Magistratura, além de sua atuação junto aos menores, têm efetivamente promovido junto aos pais reuniões, seminários, cursos, colóquios com o apoio de psicólogos, no intuito de dar efetividade social à autoridade parental, como múnus privado de realização da personalidade dos filhos.³⁵⁷

Constata-se, portanto, que a conjugação de esforços, tanto na repressão como na prevenção (e ainda na recuperação), de família, sociedade e Estado, em consonância com o princípio da prioridade absoluta e com a doutrina da proteção integral, é elemento decisivo para a plena concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente no que diz respeito à relação entre pais e filhos.

³⁵⁶ MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. p. 12.

³⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 17, ano 5. jan./mar. 2004. p. 17.

CONCLUSÃO

Fernando Pessoa, por meio de seu heterônimo Álvaro de Campos, revela o seu poder de conseguir, ao mesmo tempo em que reconhece a sua insignificância, sonhar e estabelecer objetivos, conforme é possível verificar da leitura do primeiro verso da longa e bela poesia intitulada Tabacaria:

Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.³⁵⁸

Procedendo como o poeta português, parte-se do reconhecimento da insuficiência do Direito para dar conta de toda a realidade, bem como se tem ciência dos limites do subscritor deste trabalho. Contudo, tais reconhecimentos não conduzem ao pessimismo e à descrença. Eles constituem a alavanca para se traçar objetivos e buscar, entre limites e possibilidade, a construção de ordem jurídica e, principalmente, de uma realidade mais justas.

Objetivos e premissas foram delineadas quando se iniciou o trabalho. O objetivo principal consistiu na realização de estudo referente ao poder familiar, bem como a análise da relevância das relações entre pais e filhos na concretização dos direitos fundamentais dos filhos. Para tanto, partiu-se do pressuposto de que o direito deve ser poroso e permeável a realidade, e que tal comunicação se faz por meio dos princípios constitucionais. Assim, no primeiro título da dissertação, após uma breve perspectiva histórica da família brasileira, abordou-se a força criativa e construtiva dos fatos e adotou-se como fio condutor o fenômeno e realidade irrefutável da constitucionalização do Direito Civil. Acredita-se que não é exagero dizer que qualquer estudo jurídico, no cenário brasileiro contemporâneo (e futuro), deverá ter por pressuposto “ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil”³⁵⁹. Fenômeno que adquire a sua força integral apenas quando visto na sua dimensão prospectiva.

³⁵⁸ PESSOA, Fernando. Tabacaria. **Obra Poética**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1977. p. 362.

No segundo título procurou-se colher as noções básicas sobre direitos fundamentais e a respeito de sua eficácia, inclusive nas relações entre particulares. Verificou-se também o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tanto nos documentos internacionais como no âmbito da legislação pátria. Neste ponto já foi possível começar a desenhar uma ligação entre os direitos fundamentais e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, para posteriormente, verificar que estes mesmos direitos das crianças (e deveres dos pais, sociedade e Estado) constituem-se o núcleo do conteúdo do poder familiar.

No terceiro e último título foi possível perceber que os debates e as dúvidas (muitas que ainda persistem) foram de grande intensidade. Num primeiro momento verificou-se, como uma ante-sala ao estudo do poder familiar, as relação de parentesco, com maior relevância conferida a filiação, paternidade e maternidade. Ao se analisar os critérios de estabelecimento da paternidade (jurídico, biológico, afetivo), concluiu-se, em conjunto com a melhor doutrina, que em que pese o privilégio conferido aos laços de afeto na contemporaneidade, a relação entre tais critérios não é de hierarquia ou de exclusão. Foi possível perceber que, de acordo como o método tópico e sistemático, deve ser realizada uma busca para a consecução de um ponto de equilíbrio entre as ditas “verdades”, diante do caso concreto.

Na questão específica do poder familiar, um ponto apresentou-se determinante para a determinação dos caminhos que as posteriores reflexões realizadas no trabalho vieram a tomar: a sua natureza jurídica. Após apresentar os excelentes argumentos das duas correntes doutrinárias, concluiu-se, juntamente com José Lamartine Corrêa de Oliveira, Francisco José Ferreira Muniz, Luiz Edson Fachin, entre outros, que o poder familiar, mesmo estando voltado prioritariamente ao atendimento dos direitos fundamentais dos filhos (crianças e adolescentes) também é um direito subjetivo dos pais. A figura da “via de mão dupla”³⁶⁰, utilizada diversas vezes no desenvolvimento do trabalho, bem representa a via que se optou

³⁵⁹ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. In: **Diálogos sobre Direito Civil**. Vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195.

³⁶⁰ Conforme já foi mencionado, a expressão “via de mão dupla” foi retirada das obras de Luiz Edson Fachin e de Antunes Varela.

tomar. A partir disso procurou-se justificar a utilização, neste trabalho, do termo poder familiar (cotejando os demais termos postos pela doutrina e pela legislação estrangeira); realizou-se também a análise do conteúdo e do exercício do poder familiar.

Viu-se que, a partir da negação da corrente funcionalista (vislumbra o poder familiar apenas como um conjunto de deveres), não se poderia sustentar o poder familiar como um instrumento destinado à concretização dos direitos fundamentais dos filhos (crianças e adolescentes). Assim, ainda que sumariamente, iniciou-se o desenvolvimento da idéia de que o poder familiar está condicionado substancialmente aos direitos fundamentais dos filhos. Em que pese tal construção apontar quase para a mesma direção que a noção de “instrumento”, ou seja, ambas procuram a idéia de concretização dos direitos fundamentais dos pais, tem-se que ela procura respeitar o pressuposto de que o poder familiar também é composto por direitos subjetivos dos pais.

Conclui-se, assim, que a extirpação da noção de direito subjetivo na seara do poder familiar não é condição necessária à uma análise contemporânea do instituto. É possível (e até mesmo necessário) manter a idéia de direito subjetivo dos pais em plena harmonia com a função primordial de garantir os direitos dos filhos. Uma vez que, na hipótese de conflito entre tais interesse, os direitos dos menores têm prevalência, em conformidade com a doutrina da proteção integral.

Por fim, na questão da irresponsabilidade parental, o foco recaiu sobre as hipóteses de ações, omissões ou abusos dos pais que, invariavelmente, venham a violar os direitos fundamentais dos filhos. Viu-se a atuação da sociedade e do Estado na repressão aos pais faltosos, bem como na prevenção de danos: mediante a elaboração e concretização de políticas públicas voltadas aos atendimento dos direitos da infância e da juventude.

Ainda, deu-se importância aos papéis da sociedade e do Estado atuarem em conjunto com a família, para que, nas hipóteses em que se deu a prévia ocorrência de violação dos direitos dos filhos por parte de ações ou omissões dos pais, exista espaço para a recuperação e aparelhamento dos pais e filhos.

Nesta aventura que nos propusemos realizar, composta de diversas etapas, que no início parecia uma estrada sem fim, chega-se ao fim. Alguns arranhões e muitas dores pelo corpo, mas, apesar de tudo, com a felicidade brotando no

coração. Não apenas por ter-se concluído um objetivo proposto, mas principalmente por ter obtido a possibilidade de meditar e trocar idéias e experiências. Como saldo: algumas conclusões acima expostas de forma breve, poucas certezas e muitas dúvidas.

Diante de tal resultado obtido, volta-se à tabacaria de Fernando Pessoa, e a consequência é dúplice: paz por sabermos que não estamos sozinhos nesta angústia, mas ao mesmo tempo retira-se ânimo, para delinear novos sonhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; CURY, Munir. Comentários ao art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. Coord.: CURY, Munir. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 16.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 16ª tirag. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379-380.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: RT; 2ª. ed. Portugal: Coimbra, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CHUEIRI, Vera Karam de. Shakespeare e o Direito. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: SER/UFPR, 2004. p. 59.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In. **Democracia e Justiça: o Poder Judiciário na construção do Estado de Direito** (Anais), Porto Alegre: TJRS, 1998.

_____. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e tributação**. Texto resultante de degrevação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba. Disponível em: <http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>. Acesso em 27 de julho de 2007.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e Roma**. Trad. Agnes Cretella e José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Incesto: Um Pacto de Silêncio. In: **Família e Dignidade: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 603.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 6ª ed. trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **As Intermittências da Vida**: O nascimento dos Não-Filhos à Luz do Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Direito de Família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Novos paradigmas do Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 12

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106.

_____. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.) ... et. al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43.

_____. **Da Paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 186.

FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: **Diálogos sobre Direito Civil**. Vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195-229.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. Coord.: PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 253-308.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e História**: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha. Curitiba. 1997. Dissertação. PPGD/UFPR.

FREITAS, Juarez. **As grandes linhas da filosofia do Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicicia. Barcelona: Ariel, 1996. p. 263-264.

GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração Universal do genoma humano e direitos humanos: revisitação crítica dos instrumentos jurídicos. In: **Limite**: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano. (org.) CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. Rio de Janeiro: Fiocruz, dez. 2000. p. 160.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

_____. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151-166.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. 2ª ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Famílias Reconstituídas. In: **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada. In: **A Ética da Convivência Familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Coord.: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 101-130.

_____. Afetos, sexualidade e violência – a família desmistificada. In: **A família além dos mitos**. Coords.: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 67–80.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. In: **A Ética da Convivência Familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131-149.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Temas Básicos da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAMENZA, Francismar. **Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade do Estado**. Tese. Universidade de São Paulo. 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: **Grandes Temas da Atualidade – Adoção**: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101-143.

_____. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61-85.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília. a. 36. N. 141, jan. /mar. 99. p. 100

_____. A repersonalização das relações de família. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 71.

_____. **Do poder familiar**.

_____. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Alberto Vellozo. **Os Direitos de Personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. 2000. 256 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. trad. Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: **Família e Cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 398.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 17. nº 65. Julho – Setembro/1993. p. 21 – 32.

_____. A Família Democrática. In: **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Coord.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 613-640.

_____. Direito Civil-Constitucional. In: **Uma Década de Constituição 1988 – 1998**. CAMARGO, Margarida (org.). p. 127.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1988.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a Verdade e a Ficção no Direito de Família. In: **Temas de Direito de Família**. 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 5-16.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PEREIRA, Elisabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: **O Melhor Interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 551-574.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: **O Melhor Interesse da Criança**: Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 575-586.

_____. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: **A família além dos mitos**. BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: **O Melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Coord. PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-101.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: **Veja 25**: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 75.

PESSOA, Fernando. Tabacaria. **Obra Poética**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1977. p. 362.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRÓSPERO, Viviane Girardi. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem Casamento**: De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. 2ª ed. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 12.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A Constituição**

Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. _____ (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos das Crianças. In: **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens**: a função dos juízes sociais. Coimbra: Almedina. p. 10.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. A Disciplina Jurídica da Autoridade Parental. In: **Família e Dignidade Humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Org. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 101–123.

_____. Haveria alternativas jurídicas frente à irresponsabilidade parental? In: **Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**. nº 50. Ano 8. maio/junho 2008. p. 6.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Por uma nova dogmática. **Temas de direito civil – tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 17, ano 5. jan./mar. 2004. p. 2.

UBILLOS, José Maria Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

VARELA, Antunes. **Direito de Família**. n. 12, I. Lisboa: Petrony, 1982.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979.

_____. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, 1980.